جامعة الجزائر
معهد الحقوق والعلوم الادارية

عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري

بحث للحصول على درجة الماجستير
في العقود والمسؤولية

اعداد : الطالب : الماقب عيسى
تحت اشراف
الدكتور: ابن عزى الاخضر

لجنة المناقشة:

1- الدكتور : .... رئيسا
2- الدكتور : .... مقررا
3- الدكتور: .... عضوا

نوفمبر 1986

مقدمة :

يعتبر عقد الكفالة ، من عقود الضمان ، فيتقدم بموجبه شخص ليضم ذمته المالية الى ذمة المدين الاصلي ، لتقوية ضمان الدائن في استيفاء حقه ، فيكون للدائن ، نتيجة لذلك ، مدينان ، احدهما مدين أصلي ، والاخر مدين احتياطي أو كفيل .

فقد يلتزم الكفيل بوفاء الإلتزام ، ويضم ذمته الى ذمة المدين الأصلي ، دون تضامن فيكون التزامه التزاما تابعا ، وللدائن ان يرجع على المدين الأصلي ، قبل ان يرجع على الكفيل ، كما قد يكفل الكفيل مدينه ، مع تضامن ، فيختار الدائن في هذه الحالة ، أيهما يشاء ليرجع عليه لاستيفاء حقه .

كما ان الكفالة قد تكون عينية ، وقد تكون شخصية . فالكفالة العينية ، لا يلزم فيها الكفيل التزاما شخصيا ، في جميع أمواله ، وانما يقوم بتقديم مال معين ، يكون بمثابة رهن رسمي أو رهن حيازي ، يضمن التزام المدين في حدود هذه العين . ومن ثم ، يعد كفيلا راهنا ، فتكون الكفالة العينية تأمينا عينيا ، تطبق عليها قواعد الرهن ، الا أن الكفيل الراهن ، لا يعتبر مدينا أصليا ، وانما يكون التزامه التزاما تابعا لالتزام المدين الاصلي ، ولذلك تعتبر الكفالة العينية صورة مركبة من الكفالة والرهن .

اما الكفالة الشخصية ، فهي التي يلتزم فيها الكفيل شخصيا ، امام الدائن بتنفيذ الالتزام ، اذا لم يقم المدين الاصلي بتنفيذه ، وذلك بضم ذمته المالية الى ذمة هذا الاخير ، دون تحديد او تعيين لمال معين كما هو الحال في الكفالة العينية .

وللكفالة ، أهمية بالغة لا يمكن نكرانها ، لما تقدمه من خدمات في الحياة العملية ، فهي تبعث الثقة والاطمئنان في نفس الدائن على دينه ، وتسهل التعامل والاقتراب فيما بين الأشخاص .

ويقدر ما تقدمه الكفالة من خدمات للأشخاص، بقدر ما تعرض الكفيل للخطر المتمثل في وفائه لدين المدين من ماله الخاص، دون ان تكون له مصلحة يهدف اليها من وراء ذلك - غالبا - سوى تبرعه بالتزامه.

لذلك تجمع التشريعات، على حماية مصلحة الكفيل، باعطائه، دفوع خاصة، كالدفع بالتجريد، والدفع بالتقسيم، كما منحت له ضمانات، تتمثل في رجوعه على المدين عند وفائه للالتزام، اما بالدعوى الشخصية ام بدعوى الحلول.

وسنتعرض لدراسة موضوع عقد الكفالة في أربعة أبواب هي :

الباب الاول : في تعريف الكفالة

الباب الثاني : في اركان عقد الكفالة وشروط صحته

الباب الثالث : في آثار الكفالة

الباب الرابع : في انقضاء الكفالة .

الباب الاول : تعريف الكفالة وخصائصها

سوف نتطرق في هذا الباب الى تعريف الكفالة وأنواعها ، وشروطها في فصل أول ، ثم الى خصائصها ، وما تتميز به في فصل ثاني .

الفصل الاول : تعريفها وانواعها وشروطها

المبحث الاول : تعريف الكفالة

عرف المشرع الجزائري عقد الكفالة في نص المادة 644 م.ج بقوله " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام ، بان يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه" (1) .

ويستخلص من هذا التعريف ، ان عقد الكفالة ، طرفاه الدائن والكفيل ، أما المدين فليس طرفا فيه ، بل يجوز كفالة المدين بغير علمه ، او حتى بمعارضته (م 647 م.ج)

" ومع ذلك فهو يلعب دورا في انعقادها ، لأنه هو الذي يدعو الكفيل في معظم الاحيان الى التعاقد مع الدائن ضمانا لا لتزامه ، قبل هذا الدائن (2) ، ولكن لا يشترك بإرادته في ابرام هذا العقد .

ويتبين أيضا ان الكفالة ترتكز على التزام أصلي ، وتعمل على الوفاء به ، فهي ، كبقية التأمينات ، تابعة لالتزام من الالتزامات ، وقد يكون مصدر هذا الالتزام العقد أو الارادة المنفردة ، أو العمل غير المشروع ، أو الاثراء بلا سبب ، أو القانون ، الا ان الالتزام الذي ينشأ عن الكفالة ، فمصدره غالبا العقد ، باعتبار الكفالة عقد بصريح العبارة .

1- نفس التعريف أورده المشرع المصري في المادة 772 . اما القانون الفرنسي ، فقد جاء بتعريف يقترب من التعريف الوارد في القانونين المصري والجزائري ، وذلك في المادة 2011 وان لم ترد فيه كلمة " عقد " الا ان الشراح يؤسسون التزام الكفيل على الحق بين الكفيل و الدائن .

2- التأمينات الشخصية والعينية - د . سمير عبد السيد تناغو - ص18 .

وعقد الكفالة ينشئ التزاما جديدا على عاتق الكفيل اتجاه الدائن ويتمثل في ضمان الدين الاصلي ، ومن ثم ، فان الدائن يجد امامه مدينين ، وهما المدين الاصلي بالدين ، والكفيل الذي ضمن هذا الدين . " ولا يفهم من عبارة (اذا لم يف به المدين نفسه) ان التزام الكفيل معلق على شرط واقف [1] ، فالتزام الكفيل ، التزام بات ، يترتب في ذمته بمجرد انعقاد العقد ، و" انما يراد من هذا التعليق ، ابراز صفة التبعية للكفالة [2] والتي تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية ، فالدائن بذلك يكون ملزما بأن يطالب المدين أولا (م . 660 فقرة 1 م . ج) وان يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين ، قبل التنفيذ على اموال الكفيل (م . 660 فقرة 2 م . ج) ، ويكمن في هذا الفارق الاساسي بين الكفالة والتضامن [3] .

وقد يقصد بلفظ الكفالة ، في الاحوال التي يقوم فيها بعض الاشخاص بايداع مبالغ من النقود ، او قيم منقولة كضمان لدين ، او ضمان لما قد يترتب في ذمتهم من مسؤولية ، فكثيرا ما يشترط أصحاب الاعمال على عمالهم ، في اعمال تتطلب الامانة ، بأن يقدموا اليهم قيمة مالية معينة ، تبقى لديهم طيلة فترة علاقات العمل وكذلك ، ما يقوم بايداعه المتهم في المسائل الجنائية من مبالغ نقدية في خزانة المحكمة لاطلاق سراحه (م . 132 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري) .

" والواقع ان هذه المبالغ التى تودع بالطريقة السابقة ، لاتعتبر كفالة بالمعنى القانوني ، اي كتأمين شخصي ، وانما تعتبر نوعا من أنواع التأمينات العينية ، وهي الرهن الحيازي ، وتسري عليه بالتالي أحكام هذا الرهن [4] .

1- الموجز في التأمينات - د . محمد كامل مرسي ، ص2 .
- عقد الكفالة - سليمان مرقس ص5 .
- التأمينات الشخصية والعينية - د . محمود جمال الدين زكي ص31
2- التأمينات العينية والشخصية - د . نبيل ابراهيم سعد ص249
3- د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص32 .
4- بودان - التأمينات الشخصية والعينية ج 1 ص61 .

اما في الشريعة الاسلامية، فيقول المالكية والشافعية والحنابلة، بان الكفالة هي ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه، في التزام الحق اي في الدين [1]، أما فقهاء الاحناف، فيعرفونها بأنها (عبارة عن ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة بنفس أو دين أوعين، أو عمل [2].

المبحث الثاني: التطور التاريخي للكفالة

ان التأمين الشخصي، كان أول ماعرف من انواع التأمينات، في القانون الروماني، خصوصا، الكفالة. التي كانت تلعب دورا هاما، في روما " حيث كان لها شأن ظاهر عند الرومان، وعلى الاخص في الوقت الذي لم تزل فيه روابط التضامن بين أفراد الاسرة أو القبيلة الواحدة " [3]، وكانت تفرغ في قالب العقد الشفوي، وبعد ذلك أصبحت تعقد بشكل خاص. ومركز الكفيل في بادئ الامر، لم يكن يميز عن مركز المدين المتضامن، فكلاهما. كانا في مركز واحد، وللدائن، ان يختار على ايهما يعود لاستيفاء دينه.

ثم في فترة لاحقة، بدأت تظهر صفة التبعية لالتزام الكفيل، فانتهى الامر الى الاعتراف للكفيل بحق التجريد، والذي بمقتضاه يلزم الدائن بأن ينفذ على المدين الأصلي أولا قبل ان ينفذ على الكفيل، ثم حق التقسيم، عند تعدد الكفلاء. "لكن في العمل ظهرت الكفالة التضامنية ليتخلص الدائن من هذه الدفوع" [4]، وقرر القانون الروماني بقانون (Velléien) الحظر على النساء في ان تكفل الغير، وعلى الاخص كفالتهن لأزواجهن في عصر جوستينيان. واخذ بهذا المنع القانون الفرنسي حتى سنة 1606" [5]، ويلاحظ ان الكفالة عند الرومان كانت تتم بلا مقابل، وهي لازالت كذلك في الوقت الحاضر، اصلا.

1- وهبت الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - ج 5 ص133.

2- السيد سابق - فقه السنة - ج 12 - ص333.

3- د. عبد السلام ذهني - التأمينات. ط 1926 ص5.

4- د. نبيل ابراهيم سعد - التأمينات الشخصية العينية ص 247.

5- د. زهدي يكين - شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني، 1967 ص 229.

وفي القانون الفرنسي القديم ، " اذ اختلطت في أول عهود هذا القانون الكفالة بالتضامن في المديونية ، وبقيت الحال كذلك ، حتى بدأت الكفالة تتميز شيئا فشيئا عن المديونية بالتضامن "[1] ، الى ان جاء التقنين المدني الفرنسي الحالي ، واعترف بصفة التبعية لالتزام الكفيل ، وبالتالي بالدفع بالتجريد ، والدفع بالتقسيم .

اما في الشريعة الاسلامية : فالكفالة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع ، ففي الكتاب : قوله تعالى (قال لن ارسله معكم حتى تؤدون موثقا من السنة لتأتنني به)[2] وقوله جل شأنه (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم)[3] .

وفي السنة : قوله عليه الصلاة والسلام (الزعيم غارم) رواه أبو داود والترمذي وحسنه وصححه ابن حبان[4] .

اما الاجماع : فقد اجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة لحاجة الناس اليها ، ودفع الضرر عن المدين[5] ، "ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعضا من عصر النبوة الى وقتنا هذا ، دون تكبر من احد العلماء "[6] .

المبحث الثاني : أنواع الكفالة أو مصادرها

قد لا يكون المدين ملزما بتقديم كفيل ، ومع ذلك يتفق مع شخص ليكفله أمام الدائن ، كما قد يتطوع شخص ليكفل المدين بدون علمه ، وقد يكفله على الرغم منه وبدون رضاه (م 647 م ، ج) .

1- د . عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ج 10 - ص 23 .
2- سورة يوسف ، الاية 66 .
3- سورة يوسف ، الاية 72 .
4- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، 25 ، ص 131 ط 1 1984
5-
6- السيد سابق - فقه السنة ج 12 - ص 335 - ط 7 . 1985 .

ففي هـذه الحالات ، تعتبر الكفالة اتفاقيـة ، وهي غالبا ما تكون كذلك. لكـن قد يكون المدين ملزما بتقديم كفيـل ، فما هو مصدر هذا الالتزام ؟.. قد يكـون الالتزام مفروضا على المدين بنص في القانون ، فتعتبر الكفالة قانونية ، كما هو الحال فـي المادة 851 م ج والتي تنص على انه (اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقـولا وجب جرده ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به . . .) .

اذ في مثـل هذه الحالـة ، ليس هناك مجال للقول ، بأن الكفالة اتفاقية ، طالمـا ان القانون هو الذي يفرض على المنتفع تقديم كفالة ، لذلك فمصدر هذه الكفالة هو القانون مباشرة ، وليس الاتفاق .

وقد يقـع الالتزام بحكم القضاء ، كحالة التنفيذ المعجل الذي نص عليه المشرع في المادة 40 من ق.ا.م.ج . حيث يجوز للقاضي ان يأمر في حالة الاستعجال بالتنفيـذ المعجل بكفالة أو بدون كفالة ، فالأمـر هنا جوازي ، فللقاضي السلطة التقديرية بالنـسبة لانشاء الكفالة ، فاذا أمـر بها فتكون الكفالة قضائيـة ، بمعنى ان مصدر الكفالة هـو القضاء ، وليس القانون أو الاتفاق .

ايضا مـا نص عليه المشرع في المادة 132ـ1 ق.ا.ج.ج بالنسبة للافراج المؤقت فنـص على انه (يجوز ان يكون الافراج المؤقت لأجنبي مشروطا بتقديم كفالة ، وذلك فـي جميع الحالات التي لايكون فيها الافراج بقوة القانون) .

وهذا يؤدي بنا الى القول بأن الكفالة ، قد يكون مصدرها الاتفاق ، أو القـانون أو القضاء ، في القانون الجزائري ، بعكس القانون المصري ، الذي يرى شراحه بأن " مصدر التزام الكفيل مصدره الاتفاق دائما " [1] ، " فهو التزام تعاقدي في جميع الاحوال[2] .

1ـ د . محمد علي امام ـ التأمينات الشخصية والعينية ـ ص 38 .
د . منصور مصطفى منصور ـ عقد الكفالة ـ ص 17 .
2ـ د . سليمان مرقس ـ عقد الكفالة ـ ص 12 .

ويستنتج من القانون الجزائري ان هناك أنواع ثلاثة للكفالة ، من حيث مصدر التزام الكفيل ، مع الملاحظة ، ان حكم الكفالة الاتفاقية يختلف عن حتم الكفالة القضائية أو القانونية ، في ان الاولى لاتكون تضامنية خلافا للأخريين ، فقد نصت المادة 667 م . ج على انه (يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامنين) . وما يستنتج من ذلك ، ان المشرع قد تشدد في الكفالة القضائية والقانونية بجعل الكفلاء متضامنين وذلك حماية للدائن ، بعكس الكفالة الاتفاقية ، التي تصدر عن توافق ارادتي الطرفين مما يعزز وجود الفرق بين أنواع الكفالة

المبحث الثالث : الشروط الواجب توافرها في الكفيل

ان الهدف الاساسي من تقديم الكفالة ، يتمثل في تأمين الدائن من خطر اعسار المدين ، وذلك بضم ذمة أخرى الى ذمة المدين ، وينبغي كي تحقق الكفالة ، حماية للدائن ، يجب ان تتوافر شروط معينة في الكفيل ، وذلك في جميع الاحوال التي يلتزم فيها المدين بتقديم الكفيل ، ايا كان مصدر هذا الالتزام .

وقد نص المشرع على هذه الشروط في المادة 646 ، بقوله) (اذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب ان يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر ، وله ان يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا مبنيا كافيا).

يتضح من نص المادة السابقة أنه كلما التزم المدين بتقديم كفيل للدائن وجب أن تتوافر في الكفيل الشروط التالية :

1- يجب ان يكون الكفيل موسرا .

اي يجب ان تتوافر لديه القدرة المالية على الوفاء بالدين ، اذا لم يف به المدين ، ويسار الكفيل ، بقياس بما لديه من اموال كافية للوفاء بالدين الذي كفله ، " ويستوي ان تكون هذه الأموال عقارات أو منقولات على السواء " [1] . شائعة أو مفرزة ، حتى كان ذلك كافيا للوفاء بدين الدائن ، وهذا على خلاف القانون الفرنسي في مادته 2019 الذي يعتد في تقدير يسار الكفيل الا بأمواله العقارية باستثناء ما اذا كان الالتزام المكفول التزاما تجاريا أو زهيد القيمة ، وهذا الحكم الذي يعود الى فترة كانت الأرض تمثل أساس الثروة ، ليس منطقيا اليوم [2] ، لأنه يؤدي الى اعتبار المنقول تافه القيمة .

وعبء اثبات يسار الكفيل يقع على المدين ، وتوافر صفة اليسار او الاقتدار مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضي الموضوع .

2- ان يكون الكفيل مقيما بالجزائر .

والحكمة من هذا الشرط هي رعاية مصلحة الدائن ، وتيسيرا عليه ، عند مطالبته الكفيل ، والمقصود بالاقامة في الجزائر ، هو ان يكون للكفيل موطن فيها ، وان كان مختارا فالاقامة العارضة للكفيل في الجزائر لاتعتبر موطنا له .

ولا يشترط حسب نص المادة ان يكون الكفيل جزائري الجنسية ، بل يمكن ان يكون شخصا أجنبيا طالما أنه مقيم بالجزائر ، وله موطن فيها .

1- الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية - د . رمضان أبو السعود . ص63 .
- د . محمد على امام - المرجع السابق ص 40
- التأمينات العينية والشخصية - د . نبيل ابراهيم سعد ص 260 .
- التأمينات الشخصية والعينية - د . محمود جمال الدين زكي ص44 .

2- مازو - دروس في القانون المدني - ج 3 ط 3 تقديم ميشال جوقلار .

3— يجب ان يتوافر في الكفيل أهلية الالتزام بالكفالة ، رغم سكوت النص، وذلك وفقا لما تقضي به القواعد العامة ، فبغير هذا الشرط لاتكون الكفالة التي يقدمها المدين صحيحة ، لأنها لا تفي بالغرض المتمثل في حصول الدائن على حقه .

لكن ، هل هذه الشروط واجبة فقط عند انعقاد الكفالة ، ام يجب ان تستمر مع بقاء الكفالة ؟

نلاحظ انه اذا فقد الكفيل اهليته بعد ابرام العقد ، فلا يؤثر ذلك على ضمان الدائن ، انما يبقى عقد الكفالة صحيحا ، ومنتجا لآثاره ، " فالاهلية على خلاف الشروط الاخرى ، انما تستلزم فقط عند انعقاد العقد ، لابعد ذلك " (1) . وما الحكم اذا اعسر الكفيل أو لم يعد له موطنا في الجزائر بعد الكفالة ؟

فطبقا للقواعد العامة ، وبالرجوع لنص المادة 211—3 م ج التي تقضي بأنه (اذا كان انقاص التأمين يرجع الى سبب لادخل للمدين فيه ، فان الاجل يسقطه مالم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا) ، فاعسار الكفيل ، أو عدم موطنه في الجزائر يعد اضعافا للتأمين ، فيختار المدين بين ان يقدم ضمانا كافيا أو ان يتحمل نتائج سقوط الاجل .

وقد اباحت المادة 646 م ج . للمدين بأن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا ، فقد يكون هذا التأمين العيني رهنا رسميا ، أو حيازيا ، وحالة كفاية التأمين العيني أو عدمه ، مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع عند النزاع .

---

1 — د . رمضان ابو السعود — المرجع السابق ص66
د . نبيل ابراهيم سعد — المرجع السابق ص262
د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص32 .

الفصل الثاني : خصائص عقد الكفالة

فمن خلال التعريف الوارد في المادة 644 م.ج ، يمكن ان نجمل خصائص الكفالة في انه عقد رضائي ، وملزم لجانب واحد ، وتبرعي ، وتابع ، وسنتعرض لهذه الخصائص في المباحث التالية :

المبحث الاول : عقد الكفالة عقد رضائي

يتم ابرام عقد الكفالة ، بمجرد توافق ارادتي الكفيل والدائن ، ولا يحتاج الى اية شكلية في ابرامه ، رغم ان المادة 645 م.ج تنص على انه (لا تثبت الكفالة الا بالكتابة) .

فالكتابة هنا ليست ضرورية لانعقاد العقد ، " بل هي مجرد وسيلة لاثباته[1]. بحيث يجوز اثبات الكفالة بما يقوم مقام الكتابة من اقرار أو يمين ، " اما اذا كانت الكتابة مطلوبة للانعقاد ، فما كان في الامكان ان تثبت الكفالة عند تخلف الكتابة بالاقرار أو اليمين "[2] ، وبذلك فعقد الكفالة ، يعد من العقود الرضائية ، وليس من العقود الشكلية .

مع الملاحظة أن الكفالة - كما سبق القول[3] ، قد لا يكون مصدرها هو العقد دائما بين الطرفين ، وانما قد تكون الكفالة قانونية أو قضائية تستمد وجودها من القانون أو من القضاء مباشرة ، بحيث لا دخل لارادة الاطراف في ايجادها .

1- الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية - د . عبد الرزاق السنهوري ج 10 - ص24 .
- د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص 32
- د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص 24 .
- د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص 250
2- رمضان أبو السعود - المرجع السابق ص 41 .
3- انظر ص 6 وما بعدها .

المبحث الثاني : عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

من تعريف المشرع للكفالة ، يتبين ان الدائن ، وهو الطرف الآخر في العقد لايلتزم بأي التزام ، في مقابل التزام الكفيل [1] ، " فالكفيل وحده ، هو الملتزم قبل الدائن بوفاء الدين ، اذا لم يف به المدين ، ومن هنا تعتبر الكفالة عقدا ملزما لجانب واحد ، بحسب الاصل" [2] ، وان كان البعض يرى بأن الكفالة عقد ملزم للجانبين [3] .

أما الالتزامات التى يفرضها القانون على الدائن ، فهي ليست ناتجة عن عقد الكفالة ، ولا تعتبر سببا لالتزام الكفيل ، ومن هذه الالتزامات ، ما جاءت به المادة 659م ج والتى تلزم الدائن بأن يسلم الكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع ، وقت وفاء الدين ، وان يتخلص له عن المنقول المرهون أو المحبوس وان يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل التأمين العقاري .

كما ان القانون قد فرض التزاما على الدائن في المادة 657م ج بأن يتخذ الاجراءات اللازمة ضد المدين في خلال ستة اشهر من تاريخ انذاره من قبل الكفيل ، وان يدخل في تفليسة المدين م . 658 م ج .

---

1 — د . محمد لبيب شنب — دروس في التأمينات العينية والشخصية — ص224

2 — د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق — ص 13
د . رمضان ابو السعود — المرجع السابق — ص 41
د . نبيل ابراهيم سعد — المرجع السابق — ص 251
د . محمود جمال الدين زكي — المرجع السابق — ص 34.
بودان — التأمينات الشخصية والعينية ص 76.

3 — د . سليمان مرقس — المرجع السابق — ص 8 . (والذى يرى بأن عقد الكفالة ملزم للجانبين) .

فهذه الالتزامات وضعها المشرع لحماية الكفيل ، فهي تنشأ عن عقد الكفالة[1] وانما تنشأ عن واقعة وفاء الكفيل بالدين ، اما الالتزامات التي يعتد بها في وصف العقد بأنه ملزم الجانبين هي التي تنشأ عن العقد ذاته .

الا أنه اذا كان الاصل ، ان الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فهذا لا يعني بأن العقد يصدر من طرف واحد فقط ، بل هو عقد - كما سبق القول لا يتم الا بتطابق الارادتين ، وهما ارادة الكفيل وارادة الدائن ، اما ما يترتب على العقد من التزامات لا يكون الا في جانب الكفيل ، فهو الذي يلتزم بالوفاء بالدين الاصلي اذا لم يف به المدين .

المبحث الثالث : عقد الكفالة عقد تبرع :

يعتبر عقد الكفالة عقد تبرع ، لأن الكفيل يؤدي عادة خدمة بدون مقابل[2] فهو يلتزم بضمان الدين ، دون ان يتلقى مقابلا من الدائن لالتزامه" وبالرغم من أن الاصل في عقد الكفالة ، انه من عقود التبرع ، الا ان صفته المجانية ليست من مستلزماته"[3] ، فهي ليست عنصرا فيه[4] .

فليس هناك نص قانوني يمنع اتفاق المدين مع الكفيل على اعطائه شئ مقابل كفالته اياه ، فيصبح عمل الكفيل في هذه الحالة معاوضة وليس تبرعا وعقد الكفالة يبقى ملزما لجانب واحد لأن المدين ليس طرفا فيه .

---

1 - د . عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 24
د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص 252
2 - د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 15
د . جمال الدين زكي - المرجع السابق ص 35 .
3 - د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص 254 .
4 - د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص 35 .

أما اذا التزم الدائن تجاه الكفيل ، بدفع مقابل عن كفالته ، فيكون كل منهما ، ملتزما قبل الآخر ، " سقط عن العقد تكييف الكفالة ، وصار بمثابة عقد تأمين ومن ثم ، عقدا أصليا ، لا تابعا ، واحتماليا لا محددا على نقيض الكفالة " [1] .

اما اذا لم يتلق الكفيل مقابلا لا من الدائن ، ولا من المدين ، ولكن الدائن منح في مقابل الكفالة شيئا كان مد الاجل ، فيعتبر العقد بالنسبة للكفيل تبرعا ، ولكنه يعتبر بالنسبة للدائن معاوضة .

والكفالة ، وان كانت اصلا من عقود التبرع ، الا انها لا تعتبر هبة ، لأن الكفيل يقدم عملا دون مقابل ، من غير ان يفقد من ذمته المالية ، وانما يرجع على المدين بما دفعه ، ولا تلحقه صفة الهبة الا اذا تنازل للمدين عما دفعه ، أو كفل المدين ، وفي نيته عدم الرجوع عليه .

ويترتب على كون عقد الكفالة من عقود التبرع ، اشتراط اهلية التبرع في الكفيل كي يعتبر العقد صحيحا . كما انه لا يجوز ابرام الكفالة بطريق الوكالة الا اذا صدر توكيل خاص [2] يعين فيها محلها على وجه التخصيص بأن يعين فيها على الاقل الدين المكفول والالتزام المكفول .

كما يترتب على هذه الخصيصة ، ان الكفالة تكون في الاصل ، تصرفا مدنيا ، وليس تجاريا ، حتى وان كان الالتزام المكفول تجاريا ، والكفيل تاجرا ، " لأن التجارة تقوم على فكرة المضاربة ، ولا شأن لاها بنية التبرع [3] ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة

---

1 - د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق . ص31
د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق . ص254
د . محمد امام - المرجع السابق . ص25

2 - د . محمد جمال الدين زكي - المرجع السابق . ص37
د . محمد علي امام - المرجع السابق . ص 21
د . رمضان ابو السعود - المرجع السابق . ص45

3 - د . رمضان ابو السعود - المرجع السابق ص 45

651 فقرة 1 م.ج بقولها (تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولوكان الكفيل تاجرا)

الا انه اذا كانت الكفالة، من حيث الاصل عملا مدنيا، الا انها تأخذ صفة العمل التجاري، وفقا لقواعد القانون التجاري، اذا نشأت عن ضمان الاوراق التجارية ضمانا احتياطيا، اوعن تظهير هذه الأوراق، وقد ورد هذا الحكم في نص المادة 651 فقرة 2 م.ج :

المبحث الرابع : عقد الكفالة عقد تابع :

ان الكفيل لا يتقدم الا لضمان التزام معين، فهو يلتزم بالتبعية بوفاء الالتزام الاصلي اذا لم يف به المدين، ومن ثم، فالكفالة تعتبر عقدا تابعا لالتزام اصلي يوجد مستقلا عنها، " وتعتبر هذه الصفة اهم خصائص الكفالة " [1].

بل بالنسبة لجميع التأمينات العينية والشخصية [2] نظرا لأهمية النتائج التي تترتب على كونها عقدا تابعا، وهي :

1ـ ان الكفالة لاتكون صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا المادة (648) م.ج، فاذا كان الالتزام الاصلي باطلا، تكون الكفالة باطلة أيضا، لاعتبارها التزاما تبعيا، ولا يستثنى من ذلك الا الحالة المنصوص عليها في المادة 649 م.ج، الخاصة بكفالة ناقص الاهلية، فالمشرع أجاز كفالة الالتزام القابل للابطال بسبب نقص اهلية المكفول، على خلاف الاصل .

2ـ ان التزام الكفيل لا يجوز ان يتعدى التزام الاصيل، ولا يجوز ان تكون شروطه أشد من شروط ذلك الالتزام، ولكن يجوز ان يكون بشروط اخف، المادة 652 م.ج، فاذا كان الالتزام الاصلي معلقا على شرط أو اجل، فلا يجوز ان يكون التزام الكفيل منجزا .

---

1 ـ د . محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص 38.

2 ـ د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص250 .

3 ـ يمكن لكفيل أن يستعمل ضد الدائن كل الدفوع التي هي من حق المدين الاصلي ، كالمقاصة مثلا ، ولا يستثنى من ذلك الا الدفوع الشخصية الخاصة بالمدين ، ومنها الافلاس، فافلاس المدين لا يعفي الكفيل من الوفاء (م 654) م.ج .

4ـ لا يجوز للدائن ان ينفذ على اموال الكفيل قبل ان ينفذ على اموال المدين الاصلي المادة (660)م.ج " ففكرة التبعية تجعل الكفيل في مركز افضل من مركز المدين ، وهذا أمر طبيعي لأن المدين هو وحده صاحب المصلحة في الدين " (1) .

1ـ د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص21 .

الباب الثاني : أركان عقد الكفالة وشروط صحته

يجب ان تتوافر في عقد الكفالة ، الاركان العامة ، من رضاء ، ومحل ، وسبب ، وسنتطرق في هذا الباب لهذه الاركان ، مع التعرض لنطاق الكفالة .

الفصل الاول : ركن الرضاء

ان طرفي عقد الكفالة هما الدائن والكفيل ، فتنعقد الكفالة بمجرد تطابق اراد تيهما ، وذلك ، دون حاجة الى رضاء المدين ، لأنه ليس طرفاً فيه ، وعقد الكفالة يخضع للقواعد العامة من حيث التعبير عن الارادة ، وشروط صحته .

المبحث الاول : التعبير عن الارادة

ان عقد الكفالة من العقود الرضائية التى لايشترط في انعقاده اي شكل خاص ، وانما يتم كما سبق " بمجرد التعبير عن ارادتين متطابقتين سليمتين وصادرتين من طرفين حائزين على الاهلية اللازمة" [1] ، وتنطبق فيما يخص عيوب الرضاء القواعد العامة في العقود والالتزامات ، ويؤدي تطبيق هذه القواعد الى جواز ان يكون رضاء الكفيل ضمنيا ، لأن التعبير عن الارادة كما يجوز ان يكون صريحا ، يمكن ان يكون ضمنيا ، فقد نصت المادة 60 فقرة 2 م.ج على انه (يجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ان يكون صريحا) .

وبتطبيق هذا النص بالنسبة للدائن ، فهو لا يثير أي خلاف ، أو صعوبة فيمكن ان يعبر عن رضائه . سواء بارادته الصريحة أو الضمنية .

---

1 – د . سليمان مرقس – المرجع السابق – ص20.

الا أنه بالنسبة للكفيل ، فقد ثار خلاف فقهي في مصر ، فالبعض [1] ، اشترط أن يكون رضاء الكفيل صريحا ، مستندين في ذلك الى خطورة الكفالة بالنسبة للكفيل أولا ، والى ان المشرع يشترط الكتابة لاثبات الكفالة ثانيا .

بينما يرى البعض الاخر [2] ، انه لا يشترط ان يكون تعبير الكفيل عن ارادته صريحا ، ويؤسسون رأيهم على عدم وجود نص قانوني خاص .

ويرى فريق آخر [3] ، بأنه نظرا لخطورة التزام الكفيل ، فانه يجب ان يكون رضاؤه واضحا .

اما فيما يخص القانون الفرنسي ، فقد نص في المادة 2015 فقرة 1 على انه (الكفالة لا تفترض وانما يجب ان تكون صريحة) ، وهذا خلافا للمبادئ العامة ، وفسر هذا النص من قبل الفقه [4] الفرنسي ، بان المقصود به انما هو رضاء الكفيل بالكفالة ، فلا يجوز ان يفترض ، وانما يجب ان يكون صريحا ، وذلك لخطورة الكفالة ، وعكس ذلك بالنسبة للدائن الذي يمكن ان يكون رضاؤه ضمنيا ، لأن العقد يتمخض لفائدته .

المبحث الثاني : شروط صحة الارادة :

يجب كي تقوم الكفالة صحيحة ، ان يصدر الرضاء ممن يملكه ، وان يكون خاليا من العيوب التى تؤثر في سلامته ، وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ويرجع الى القواعد العامة بالنسبة لهذه العيوب ، اما فيما يخص الاهلية ، فيجب التفرقة بين الدائن والكفيل .

1- د . محمد على امام - المرجع السابق ص46
د . سليمان مرقس ، المرجع السابق ص21

2 - د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص23
د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص29

3 - د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص50

4- مازو - المرجع السابق .

المطلب الاول : الاهلية اللازمة لعقد الكفالة

يمكن التفرقة في هذا الصدد بين اهلية الدائن واهلية الكفيل . فبالنسبة للدائن يكفي ان يكون مميزا ، فيكون الصبي المميز اهلا لابرام عقد الكفالة ، ومن في حكمه كالسفيه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر ، ذلك ان الكفالة بالنسبة للدائن تعتبر من الاعمال النافعة نفعا محضا ، اذا لم يلتزم الدائن بشئ في مقابل التزام الكفيل . اما اذا كان ملتزما بشئ في مقابل التزام الكفيل ، تكون الكفالة بالنسبة اليه من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر ، وبالتالي تكون الكفالة باطلة اذا كان مميزا ، او في حكمه .

أما بالنسبة للكفيل ، فانه يتحمل بالتزام شخصي في كل أمواله ، وهذا دون مقابل ، فالكفالة تعد بالنسبة اليه عملا تبرعيا ، ولو انها لا تصل الى درجة الهبة نظرا لأنه لا يتنازل عن شئ من امواله [1] ، ولذلك يجب ان تتوافر في الكفيل اهلية التبرع ، فالكفالة بالنسبة له تصرف ضار ضررا محضا ، ومن ثم ، وجب ان يكون رشيدا ، اي بالغا تسعة عشر سنة كاملة المادة 40 م.ج وهي تقع باطلة اذا عقدها القاصر أو المحجوز عليه .

وبالنسبة للشخص المعنوي يجوز ان يكفل من المفوض له ، كما يجوز للشريك المتمتع بأهلية كاملة ان يكفل شركته ، ومن جهة اخرى ، يجوز للشركة ان تكفله .

المطلب الثاني : عيوب الرضا في عقد الكفالة

ان عقد الكفالة ، كي يعتبر صحيحا ، يجب الا يكون الرضاء في هذا العقد ، مشوبا بعيب من العيوب ، وهي الغلط ، أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال ، وتطبق في هذا الصدد القواعد العامة .

---

1 ـ د . محمد علي امام ـ المرجع السابق ، ص 54 .

فاذا صدر التدليس أو الاكراه من غير المتعاقدين ، فليس للشخص المدلس عليه أو المكره، ان يطلب ابطال العقد ، مالم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما ان يعلم بالتدليس أو الاكراه المادة (87 ، 89 م ، ق) .

فطبقا لهذا ، فان الكفيل لايحق له ان يطلب ابطال العقد ، اذا صدر التدليس أو الاكراه من المدين لأنه ليس طرفا في العقد ، الا اذا كان الدائن يعلم أو كان من المفروض حتما ان يعلم بالتدليس أو الاكراه .

ولكي يطلب الكفيل ابطال العقد للغلط ، يجب ان يكون هذا الغلط جوهريا يبلغ حدا معينا من الجسامة بحيث لولاه لما قام العاقد بابرام العقد ، ويعتبر الغلط جوهريا على الاخص اذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في نظر المتعاقدين ، او يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية ، اذا وقع في ذات المتعاقد ، او في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد م 81 ، 82 م ، ج .

ومعنى ذلك ، وبالرغم من ان المدين ليس طرفا في العقد ، فان الغلط في شخصه او في صفة من صفاته ، يمكن ان تكون سببا في ابطال عقد الكفالة من جانب الكفيل لأن شخص المدين موضع اعتبار في التعاقد (1) .

الفصل الثاني : محل عقد الكفالة

محل عقد الكفالة هو ان يتعهد الكفيل للدائن بأن يعني بالالتزام اذا لم يف به المدين نفسه ، وحتى يكون محل التزام الكفيل ممكنا يجب ان يكون الالتزام الاصلي المكفول موجودا وصحيحا (2) ، ويشترط ايضا لصحة التزام الكفيل ان يكون معينا او قابلا للتعيين ، اما شرط المشروعية ، فهو مفروض دائما لأن التعهد بكفالة

1- د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص272
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص37 .
2- د . محمد علي امام - المرجع السابق ص 56
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص38 .

التـزام صحيح هـو محل مشـروع في جميـع الأحوال [1] .

وبذلك ينقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث وهي اولا في وجود الالتـزام المكفـول وثانيـا فـي صحة الالتـزام الاصلي ، والثالـث في تعيين الالتزام الأصلـي أو قابليتـه للتعيين .

المبحـث الاول : وجـود الالتـزام الاصلـي

فتفترض الكفالة وجود التـزام مكفـول ، فالكفالـة عقـد تابـع ، وبدون وجـود هـذا الالتزام لاتقوم الكفالة ، واي التزام يمكن كفالته ، اياكان مصدره ، وايا كان عطه . فلا يشترط شرط خاص بمصدره ، فمن الجائـز ان يكـون مصدره العقد أو الارادة المنفـردة أو العمل غيـر المشروع او الاثـراء بـلاسبب ، ولا يشترط اي شرط خاص بمحله ومـن الجائز ان يكون التزامـا بعمل أو الامتناع عن عمـل ، او اعطاء شئ [2] .

ولا تثور الصعوبـة عندمـا يكون محل يكون محل التزام المدين هو اعطاء مبلـغ مـن النقود ، الا انـه يصعب الامـر عندما يكون الامر متعلقا بالتزام شخصي في ذمـة المدين ، سـواء تعلق بالشئ ، او بموضوع الاداء ، او بطبيعـة الالتزام ، وكونـه التـزاما متعلقـا بالاعتبار الشخصي ، ففي مـثل هذه الحالات يستحيل على الكفيل ان يـقوم بتنفيـذ التزام المدين ، عندما لا يفي به هذا الاخير ، وعلى ذلك فالكـفالة صحيحـة الا أنها لاتضمن سوى تنفيذ التزام المدين بدفع التعويض عن عدم التنفيذ [3] .

كمـا يجوز ان يكـون التزام الكفيل محلا لكفالة اخرى ، ويسمى كفيل الكفيل ، أو مصدق الكفيل ، فيلتزم المصدق بوفاء الالتزام اذا لم يـف به الكفيل ، وقـد نصـت المادة 669 م.ج على انه (تجوز كفالة الكفيل ، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل ، قبل رجوعه على الكفيل ، الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل)

---

1 ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص39
2 ـ د . سمير عبد السيد تناغو ص39
د . رمضان ابو السعود ـ المرجع السابق ص81
3 ـ د . رمضان ابو السعود ـ المرجع السابق ص82
د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص26 .

وسيشار الى هذا الموضوع فيما بعد ، ويستلزم لقيام الكفالة بجانب وجود الالتزام المكفول ، يجب ان يكون هذا الالتزام صحيحا ، فقد نصت المادة 648 م ج على ان (لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا) . لكن هذا لا يمنع من ان يكون الالتزام مستقبلا أو شرطيا ، وتجدر الاشارة الى هذين الالتزامين مع التطرق الى كفالة الالتزام الطبيعي .

المطلب الاول : كفالة الالتزام المستقبل

لقد نص المشرع على حكم كفالة الالتزام المستقبل في المادة 650 م ج المقابلة لنص المادة 778 مصري ، والتي تقضي بأنه (تجوز الكفالة في الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول).

ويتبين من هذا النص ان كفالة الالتزام المستقبل جائزة ، بشرط ان يحدد مقدار الدين المكفول ، وهو المبلغ الاقصى الذي يكفله الكفيل ، وهذا حماية له ، " وهو شخص يتورط عادة دون ان يجني من وراء كفالته ربحا ما " (1) .

والسبب في هذا القيد ، هو ان الكفيل يتقدم لكفالة دين لم ينشأ بعد ، والكفالة باعتبارها عقد تابع لالتزام أصلي ، لا تقوم بدونه ، الا انه في هذه الحالة ، فهي تنشأ قبل نشأة الالتزام الاصلي ، فما هو أساس وجودها ؟

فالرأي السائد فقها (2) ، ان الكفالة تنعقد في هذه الحالة معلقة على شرط واقف هو تحقق الالتزام الأصلي في ذمة المدين .

---

1 - د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 35
د . محمد على امام - المرجع السابق ص58

2 - د . محمد على امام - المرجع السابق ص59
د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص64
د . سليمان مرقس - المرجع السابق ص29
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص29 .

ب

بينما ينتقد آخرون هذا الرأي بأنه في حالة تحقق هذا الشرط ، يجب التسليم بصحة الكفالة من تاريخ انعقادها ، بناء على الاثر الرجعي للشرط مع ان الالتزام الأصلي لم يوجد ، الا بعد ذلك ، فكأن الكفالة تظل فترة من الزمن صحيحة دون ان تستند الى التزام اصلي [1] . ويصلون الى القول بأن المشرع استثنى كفالة الالتزام المستقبل من قاعدة وجوب ارتكازها على التزام موجود عند انعقادها .

وهناك رأي ثالث يرى بأنه لا استثناء في اجازة كفالة الالتزام المستقبل [2] ، وذلك برجوعهم الى القاعدة العامة المتمثلة في المادة 131 فقرة 1 مصري ، المقابلة لنص المادة 90 فقرة 1 جزائري ، التي تقضي بأنه (يجوز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا) [3] ، فكما يجوز بيع الشئ قبل وجوده ، يجوز كفالة الالتزام قبل وجوده ،" ولذلك فان عقد الكفالة يعقد صحيحا ، ولكن تنفيذه يكون معلقا على شرط واقف ، هو وجود الالتزام المكفول في المستقبل [4] .

الفرع الاول : حق رجوع الكفيل عند كفالته في الدين المستقبل

ان المادة 650 فقرة 2 م ج المقابلة للمادة 778 فقرة 2 مصري تنص على انه (اذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له ان يرجع فيها في اي وقت ، ما دام الدين المكفول لم ينشأ) .

1- التأمينات الشخصية والعينية - عبد الفتاح عبد الباقي - ص 90 .

2- د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص 36 .
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 46 .
د . رمضان ابو السعود - المرجع السابق - ص 58 .

3 - نشير الى ان نص المادة 131 مصري لم ترد فيه كلمة (محققا) .

4- د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 46 .

والحكمة من وراء هذا النص هي ان المشرع لم يشأ أن يجعل الكفيل ملزما الى الابد ، علما لاتحدد مدة الكفالة ، فيعتبر العقد ، غير محدد المدة ، وتطبيقا للقواعد العامة في العقود غير المحددة المدة ، والتي تجيز لأي من اطرافها ان ينهي العقد بارادته المنفردة نتيجة لتحريم الالتزامات المؤبدة حماية لحرية الفرد ، وتأمينا لاستقلاله " (1) .

وبناء على ذلك ، يحق للكفيل الذي كفل التزاما مستقبلا ، ولم يحدد مدة الكفالة ، ان يرجع في كفالته ، في اي وقت ، طالما أن الالتزام المكفول لم ينشأ ، ولكي ينتج هذا الرجوع اثره باعتباره تعبيرا عن الارادة ، ان يتصل بعلم الدائن المادة 61 م.ج ، وذلك قبل نشوء الالتزام المكفول .

اما اذا كان الدين المكفول ، قد نشأ كله أو بعضه ، وذلك ، قبل أن يصل رجوع الكفيل الى علم الدائن ، فالكفيل يبقى ضامنا بقدر الالتزام الذي نشأ فقط .

اما اذا عين الكفيل مدة لقيام الكفالة ، فانه يبقى ضامنا ، لكل مانشأ من من الدين المكفول ، في خلال المدة المعينة ، وذلك في حدود المبلغ المتفق عليه .

واذا انقضت هذه المدة المعينة ، ولم ينشأ اي التزام ، برئت ذمة الكفيل نهائيا . كما اذا نشأ خلال هذه المدة دين إقل من الحد المتفق عليه فيقتصر ضمان الكفيل على هذا الدين ، ولايضمن ما ينشأ بعد ذلك (2) .

المطلب الثاني : كفالة الالتزام المشروط

فقد نصت المادة 650 م.ج ايضا على كفالة الالتزام الشرطي ، فبعد ان نصت على جواز كفالة الدين المستقبل ، اضافت انه (. . . تجوز الكفالة في الدين الشرطي)

1- د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص65 .

2- د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص37 .

ويتضح من هذا ، انه ليس هناك مايمنع من ان تكون الكفالة معلقة على شرط ، " سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا " [1] ، وطالما ان الكفالة تابعة للالتزام الاصلي ، فانه تأخذ وصفه ، وتبعا لذلك ، اذا كان الالتزام الاصلي معلقا على شرط واقف ، فان الالتزام الكفيل يكون بدوره معلقا على شرط واقف ، فاذا تحقق الشرط الواقف ، يصبح الالتزام الأصلي نافذا ، ويصبح التزام الكفيل نافذا ايضا . اما اذا تخلف الشرط الواقف ، يزول الالتزام الأصلي ، ويزول تبعا له التزام الكفيل .

اما اذا كان الالتزام الاصلي معلقا على شرط فاسخ ، فيكون التزام الكفيل معلقا على شرط فاسخ ايضا ، فاذا تخلف الشرط الفاسخ ، يصير الدين الاصلي نافذا ، ويصبح معه التزام الكفيل نافذا بالتبعية ، اما اذا تحقق الشرط الفاسخ فيزول الإلتزام الاصلي ، وكذلك التزام الكفيل .

المطلب الثالث : كفالة الالتزام الطبيعي

ان الفقه التقليدي الفرنسي ، كان يجيز كفالة الالتزام الطبيعي ، وذلك اعتمادا على القانون الروماني ، وكذلك على نص المادة 2012 فقرة 1 م المتعلقة بكفالة الالتزام لنقص الاهلية ، فذهب الى ان القاصر يلتزم بعد تقرير البطلان بالتزام طبيعي ، ومادام المشرع يجيز هذا الالتزام ، فهذا يدل على انه يعتبر كفالة الالتزام الطبيعي أيضا صحيحة .

الا ان الفقه الحديث ينتقد هذا الأساس ، ويرى بأنه اذا كان القانون الروماني يجيز كفالة الالتزام الطبيعي ، فانه لم يكن قد توصل الى أستخلاص الصفة التبعية للكفالة . [2]

---

1 - د . سليمان مرقس - المرجع السابق ص 31 .
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 47
2 - مازو - المرجع السابق - ص 20 .

كما ينتقد الأساس الثاني المتمثل في المادة 2012 فقرة 1 وبين أنها حالة استثنائية لاتطبق الا على كفالة الالتزام الباطل لنقص الاهلية، وليست صالحة كي تطبق على الالتزامات الاخرى .

بينما نجد الفقه [1] المصري ، يجمع على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي وهذا ما يتفق مع القواعد العامة ، فلا يمكن ان يكون التزام الكفيل اشد من التزام المدين الاصلي ، اضافة لذلك ، فان الكفيل يرجع على المدين ، بما وفاه عنه ، فان لم يستطع ذلك ، فيكون مدينا أصليا وليس كفيلا .

" غير انه اذا قدم المدين بالالتزام الطبيعي ، كفيلا الى الدائن ، فان تقديمه الكفالة يمكن اعتباره متضمنا نية الالتزام مدنيا بوفاء ذلك الدين الطبيعي وتكون الكفالة صحيحة باعتبار ان محلها ضمان الوفاء بالدين المدني الجديد" [2].

<u>المبحث الثاني : صحة الالتزام المكفول</u>

لايكفي لوجود الكفالة ، ان يوجد التزام مكفول ، وانما يشترط فضلا عن ذلك ان يكون هذا الالتزام المكفول صحيحا ، فقد نصت المادة 648 م.ج على انه (لاتكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا) وهو نفس الحكم في القانون المصري المادة 776 ، وفي القانون الفرنسي المادة 2012 فقرة 2 .

ونتعرض الى حكم كفالة الالتزام الباطل ، ثم الى كفالة الالتزام القابل للابطال .

---

1 _ د . محمود جمال الدين زكي _ المرجع السابق ص 76 .
د . منصور مصطفى منصور _ ص39
د . سليمان مرقس_ المرجع السابق ص32
د . نبيل ابراهيم سعد _ المرجع السابق _ص280 .

2 _ سليمان مرقس _ المرجع السابق ص 33 .

المطلب الاول : كفالة الالتزام الباطل

اذا كان التزام الكفيل يتبع الالتزام الاصلي في صحته وبطلانه، فان كفالة الالتزام الباطل تكون باطلة، " سواء رجع بطلانه لتخلف الشكل أو لعدم مشروعية محله أو سببه "[1]، وبناء على ذلك تكون باطلة كفالة الالتزام الذي يكون محله مستحيلا، او كان محله غير معين، ولا يمكن تعينه، او كان مخالفا للنظام العام والاداب، او اذا لم يكن للالتزام سبب، اوكان السبب مخالفا للنظام العام، أو الاداب العامة، وكفالة الالتزام لانعدام الاهلية، وقد نصت المادة 654م ،ج على انه (يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، ان يتمسك بجميع الاوجه التى يحتج بها المدين) " ومن هذه الاوجه بطلان الالتزام المكفول، فكما يستطيع المدين ان يحتج بهذا البطلان، فان الكفيل يمكنه ذلك ايضا "[2].

المطلب الثاني : كفالة الالتزام القابل للابطال

يكون الالتزام الأصلي قابلا للابطال، لنقص في اهلية المدين أو لعيب في ارادته، ومع ذلك تجوز كفالة هذا الالتزام، لأنه يعتبر موجودا وصحيحا، ومنتجا لكل آثاره، وذلك حتى يحكم ببطلانه، ومنطق التبعية يؤدي الى ان الكفالة تأخذ صفة الالتزام الاصلي، فتظل قائمة، ما بقي الالتزام الاصلي قائما، وتبطل اذا بطل الالتزام الاصلي .

والبطلان النسبي كالبطلان المطلق، يعد من الدفوع المتعلقة بالدين وبالتالي يمكن اثارته من الكفيل، وعلى ذلك اذا تقرر ابطال العقد الذى نشأ عنه الالتزام الاصلي، محل الكفالة، بناء على طلب الكفيل أو المدين، فان التزام المدين يزول بأثر رجعي، فيعتبر كان لم يكن اصلا، وتتبعه الكفالة في ذلك، فتبطل، وتعد لم تكن ايضا .

1ـ د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص33

2ـ د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص281 .

المبحث الثالث : الحكم الخاص بكفالة ناقص الاهلية

فقد جاء نص خاص في القانون المدني الجزائري ، بكفالة ناقص الاهلية وذلك ، في المادة 649 التي تقضي بأنه (من كفل التزام ناقص الاهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص اهليته، كان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول ، باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654م ج)

وفي نص المادة 654 ، بعد ان نص المشرع على حكم عام بأن (يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله ان يتمسك بجميع الاوجه التي يحتج بها المدين) فقد اورد في الفقرة الثانية المستثناة من المادة 649 حكما خاصا بناقص الاهلية بقوله (غير انه اذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص اهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد ، فليس له ان يحتج بهذا الوجه).

يستنتج مما تقدم ، انه يجب ان يكون الالتزام المكفول قابلا للابطال ، لنقص اهلية المدين ، بان كان قاصرا مميزا ، او من في حكمه ، كالمحجوز عليه بسبب سفه أو غفلة ، ومن ثم ، تستبعد حالة البطلان المطلق للعقد لانعدام الاهلية ، لعدم التمييز او الجنون أو العته .

وللوصول الى توضيح الحكم الخاص، بناقص الاهلية ، تجب التفرقة بين حالات ثلاث :

الحالة الاولى : كون المدين المكفول ناقص الاهلية ، وان الكفيل لا يعلم بنقص اهليته، ففي هذه الحالة ، يكون التزام المدين قابلا للابطال ، بسبب نقص اهليته، وكون التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الاصلي ، فيكون التزام الكفيل ايضا قابلا للابطال ، فاذا طلب المدين ابطال التزامه، وحكم له به، فان التزامه يعد كان لم يكن اصلا ، ويتبعه في ذلك التزام الكفيل .

كما انه يجوز للكفيل ان يتمسك ببطلان التزامه، وهذا يستنتج من نص المادة 648 م ج التي تقضي بأنه (لاتكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا)

وطالما ان التزام المدين غير صحيح ، بسبب نقص أهليته ، بالتالي ، فان التزام الكفيل لا يكون صحيحا ، اذ " لا يمكن التسوية بين كفالة الالتزام الصحيح وكفالة الالتزام القابل للابطال " (1) .

وهذا تطبيقا لنص المادة 654 فقرة 1 م.ج التي تقضي بأن الكفيل أن يتمسك بجميع الاوجه التي يحتج بها المدين . وابطال التزام الكفيل لا يؤدي الى ابطال التزام المدين الاصلي ، اذا لم يتمسك به هذا الاخير ، لأنه هو صاحب المصلحة في ذلك .

الحالة الثانية : كون المدين المكفول ناقص الاهلية ، وكان الكفيل عالما بنقص اهليته وقت التعاقد .

في هذه الحالة ، يكون التزام المدين قابلا للابطال ، كما يكون التزام الكفيل قابلا للابطال ايضا بالتبعية ، فاذا تمسك المدين بالابطال ، وحكم له به ، فانه يعتبر كان لم يكن ، فيبطل تبعا له التزام الكفيل .

اما اذا امتنع المدين عن التمسك بابطال التزامه ، فان الالتزام يظل قائما منتجا لآثاره ، كما انه اذا زال سبب البطلان ، بالاجازة او التقادم ، انقلب الالتزام الاصلي صحيحا ، واعتبرت الكفالة صحيحة بالتبعية .

ولا يحق في هذه الحالة على الخصوص ، ان يحتج الكفيل بنقص اهلية المدين لطلب ابطال الكفالة ، لان المشرع حرمه من هذا صراحة في نص المادة 654 فقرة 2 المشار اليها سابقا .

---

1 ـ د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ـ ص 41 .

الحالة الثالثة : كون المدين المكفول ناقص الاهلية ، وكان الكفيل عالما بذلك بل انه تقدم ليكفل المدين بسبب نقص اهليته .

وهذه هي الحالة التى تعرضت لها المادة 649 م ج وطبقا لها ، يشترط كما سبق القول ان يكون التزام المدين قابلا للابطال بسبب نقص اهليته ،" اما اذا كان باطلا بطلانا مطلقا لانعدام الاهلية ، فلا ينطبق النص" (1) فيعتبر التزام الكفيل باطلا بطلانا مطلقا بالتبعية .

ويشترط كذلك ، ان تكون الكفالة ، قد عقدت خصيصا ، بسبب نقص اهلية المدين فلا يكفي ان يكون الكفيل ، قد علم بنقص اهلية المدين ، وانما يلتزم بأن يفي بالالتزام . اذا لم يف به المدين نفسه . وذلك في حالة عدم تمسك المدين بابطال التزامه .

اما اذا تمسك المدين بنقص اهليته ، وابطل الالتزام الاصلي ،" فان الكفيل يصبح هو الملتزم لا باعتباره كفيلا ، حيث ان الالتزام الاصلي الذي يكلفه قد زال ، وانما باعتباره مدينا اصليا " (2) .

بمعنى ان الكفالة الحاصلة بسبب نقص اهلية المدين تعد كفالة حقيقية ، منشئة لالتزام تابع ، وتنتهي بأن تكون التزاما اصليا ، اذا تقرر بطلان التزام ناقص الأهلية .

ونلاحظ ، اختلافا فقهيا ، في تفسير وتكييف هذا الحكم المزدوج . فيذهب البعض الى تفسيره على اساس نظرية تحول العقد ، بأن كفالة التزام ناقص الاهلية الحاصلة بسبب نقص اهليته ، تقع صحيحة ككفالة حقيقية ، وتبقى كذلك ، مالم يتمسك ناقص الاهلية ببطلان التزامه ، فتبطل حينئذ الكفالة بهذه الصفة ، وتتحول الى تعهد

---

1 ـ د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص 43

2 ـ د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص 285 .

منشـئ لالتزام اصلي ،في ذمة من تعـهد ككفيــل [1] .

بينمـا يرى البعض الاخر، انــه لا يعتبر الكفيل كفيلا ، وانما هو مدينا اصليـا بالالتزام الاصلي تحت شرط واقف ، وهو الا يقدم المدين الاصلي بتنفيذ الالتزام ، فاذا تحقق الشرط ، ولم ينفذ المدين الاصلي الالتزام ، وجب على مــن تقدم بصفته كفيـلا ، وقــد اصبح مدينـا اصليـا بتحقق الشـرط ، ان ينفـذ هو هذا الالتــزام [2] .

بينمـا يذهب الاغلبيــة [3] ، الى ان مــن يكفــل التزام ناقص الاهلية ، وتكــون الكفالة بسبب نقــص الاهلية ، يبرم عقدا مركبـا ، يتضمنه كفالة ، وتعـهدا عن الغير ، يتعـهد فيــه للدائــن ،بالا يستعمــل المدين حقه في طلب الابطال ، ويتعـهد في الوقت نفســه بأن يقــوم على سبيل التعويــض ، بتنفيذ الالتزام الاصلي ، اذا أخـل بتعـهده عن الغير بأن طلب المدين الابطال ، وعلى ذلك فمـا بقي الالتــزام الاصلي قائمـا ، يبقى الكفيل ملتزما بصفة تبعية باعتباره كفيــلا .

امـا اذا طلب المدين الابطال ، وحكم له بذلك ، فزال الالتزام بأثر رجعي وزال التزام الكفيل تبعا لذلك بأثــر رجعي ايضا ، ولكن يتحقق بذلك الاخـــلال بالتعـهد عن الغير ، فيلتزم الكفيل المتعـهد بتنفيذ الالتزام الاصلي على سبيل التعويض لأنــه اخــل بالتزامــه الناشئ عن التعـهد عن الغير ، ويكون التزامــه هذا التــزامـا اصليـا غيــر تابع لغيــره .

1ـ د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص40

2ـ د . عبد الرزاق السنهوري ـ المرجع السابق ص49

3ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص34 .

د . محمد على امام ـ المرجع السابق ـص 81 .

ويؤيد البعض هذا الحكم بقولهم ، " ان هذا الرأي هو الاقرب الى المنطق ويفسر سبب التزام الكفيل باعتباره مدينا اصليا ، بعد زوال الالتزام المكفول نتيجة تمسك المدين الاصلي بالابطال لنقص اهليته " [1] .

المبحث الرابع : نطاق الكفالة

يتحدد نطاق الكفالة ، او مدى التزام الكفيل ، على ضوء الاتفاق الوارد في العقد بين الدائن والكفيل ، وبالالتزام المكفول في نفس الوقت ، لان تحديد مدى التزام الكفيل له صلة وثيقة بالالتزام الاصلي ، باعتبار ان التزام الكفيل تابع للالتزام الاصلي .

المطلب الاول : تحديد نطاق الكفالة طبقا للعقد

ان عقد الكفالة ، عقد رضائي ، فهو وليد اتفاق بين الطرفين المتعاقدين ، يمكن ان يجعل الكفالة منصبة على مدين ، او مدينين معينين ، وكذلك على وقت معين ، والتزام بشيء معين ايضا ، فاذا ورد هذا التحديد في العقد ، فان الكفالة تكون محددة ، اما اذا كانت عبارات العقد عامة ، ومن دون تحديد ، فان الكفالة تكون مطلقة

الفرع الاول : الكفالة المحددة

أولا : لايتعدى التزام الكفيل المدين المكفول .

فعندما يكفل الكفيل مدينا معينا بالذات ، فلا يمكن ان تتعدى هذه الكفالة الى مدين آخر غيره ، لان المدين ولو لم يكن طرفا في العقد ، فمع ذلك ، فهو يعتبر عنصرا هاما في الكفالة ككل ، فالغلط في شخص المدين يؤدي الى بطلان العقد بطلانا نسبيا ، كما انه ، اذا حل مدين جديد محل المدين الاصلي ، فان الكفيل لا يكفل

---

1 - د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص286
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص44 .

هذا المدين الجديد الا اذا رضي بذلك ، فقد نصت المادة 293 مدني جزائري على انه (لاتنتقل الكفالة العينية او الشخصية ، ولا التضامن الى الالتزام الجديد الا اذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون) . كما ان المادة 254 م ج تقضي بأنه (يحال الدين بكامل ضماناته ، غير انه ، لايبقى للكفيل عينيا كان أو شخصيا ، التزام تجاه الدائن الا اذا رضي بالحوالة) .

ثانيا : لايتعدى التزام الكفيل الوقف المحدد للكفالة :

اذا ارتضى شخص ان يتحمل بالكفالة ، الى وقف محدد ، فلا يتجاوز التزامه حدود هذه الفترة [1] ، كما ان الكفيل ، قد يحدد وقتا معينا ، تبرأ ذمته بحلول هذا الوقت ، اذا لم ينشأ الالتزام الاصلي خلاله ، كما هو الحال في الالتزامات المستقبلة وقد يحدد فترة معينة ، يكون فيها ضامنا للدين ، وتبرأ ذمته بعدها ، اذا لم يطالبه الدائن خلالها ، أو يطالب المدين . " فقد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف ، فلا يلتزم بالكفالة الا ابتداء من وقت معين ، وقد يقرن كفالته بأجل فاسخ فلا يكفل المدين الا في الديون التي يعقدها في وقت معين ، فاذا انقضى هذا الوقت ، لايصبح الكفيل ضامنا للديون التي يبرمها المدين بعد انقضاء هذا الوقت [2] .

ثالثا : لايتعدى التزام الكفيل الشئ المكفول :

قد يكفل الكفيل مبلغا معينا ، ولكن يتضح فيما بعد ، ان الدين أكبر من ذلك المبلغ ، فلا يسأل الكفيل عن الجزء الذي لم يكفله ، كما أنه اذا كفل أصل الدين ، فلا يلتزم بملحقاته ، وقد يكفل المبلغ الذي يقترضه المدين من الدائن بعد الكفالة ، حيث لايلتزم في هذه الحالة بضمان المبلغ الذي اقترضه المدين من الدائن قبل الكفالة .

---

1 ـ د . محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص70
د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص289 .

2 ـ د . عبد الرزاق السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص84 .

" واذا كفل الكفيل المستأجر في عقد الايجار، فان كفالته تنصب على الالتزامات الناشئة عن هذا العقد ، ولا يكون مسؤولا عن ضمان هذه الالتزامات في حالة تجديد الايجار تجديدا ضمنيا ، حيث يعتبر هذا التجديد الضمني ، ايجارا جديدا لامجرد امتداد للايجار الاصلي [1] ، الا بموافقة الكفيل ، سواء في الكفالة الشخصية ام في الكفالة العينية وقد نصت المادة 509 فقرة 2 م.ج على ان (الكفالة الشخصية او العينية فلا تنتقل الى الايجار الجديد الا بموافقة الكفيل) .

الفرع الثاني : الكفالة المطلقة :

ان الكفالة المطلقة ، هي التي تكون في عبارات عامة ، من دون تحديد للالتزام ، وانما يعين فيها الدين المكفول فقط ، كأن يضمن الكفيل التزامات البائع في عقد البيع ، دون تحديد لهذه الالتزامات .

" وتظل الكفالة المطلقة خاضعة للمبدأ الاساسي وهو انحصارها في نطاق رضي به الكفيل ، ووجوب التضييق في تفسير التزام هذا الاخير [2] .

وقد وضع المشرع تحديدا قانونيا ، لما تشتمل عليه الكفالة ، في هذه الحالة ، في المادة 653 م.ج فنص على انه (اذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ، ومصروفات المطالبة الاولى ، وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل) .

وطبقا لهذا النص، اذا لم يتفق المتعاقدان على تحديد التزام الكفيل ، فتعد الكفالة غير محددة ، ولكنها تنحصر في العناصر التالية :

1- د . رمضان ابو السعود - المرجع السابق - ص100

2 - د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص 71 .

1- اصل الدين .

2- ملحقات الدين ، كالتعويضات الناشئة عن التأخير في الوفاء ، وعن اخلال المدين بالتزامه بصفة عامة .

3- المصروفات التي انفقها الدائن في رجوعه على المدين أوعلى الكفيل.

وقد فرق المشرع بين مصروفات المطالبة الاولى ، وهي مصروفات التنبيه ، ومصاريف رفع الدعوى بتكليف المدعي عليه بالحضور امام المحكمة ، وهي مصاريف يتحملها الكفيل ، وفي هذا الصدد ، فان القانون يوجب على الدائن ان يرجع على المدين قبل ان يرجع على الكفيل طبقا للمادة 660 فقرة 1 م.ج .

وما يستجد بعد ذلك من مصاريف ، كمصاريف السير في الدعوى مثلا ، فان الكفيل لايلتزم بها ، الا اذا أخطر الدائن بمطالبته المدين المطالبة الاولى ، واخطار الدائن للكفيل ، امر واجب ، لان الكفيل ، قد يقوم بوفاء الدين ، وبالتالي يتجنب المصروفات اللاحقة .

اما اذا لم يقم الدائن باخطار الكفيل ، بهذه الاجراءات التي اتخذها ضد المدين ، " فانه يكون مقصرا ويتحمل بذلك نتيجة تقصيره" (1) . فيعفى الكفيل في هذه الحالة من جميع المصروفات التي انفقها الدائن بعد المطالبة الاولى .

اما في الحالة العكسية ، اي اذا قام الدائن باخطار الكفيل بالاجراءات التي اتخذها ضد المدين للمطالبة بالدين ، وامتنع الكفيل عن الوفاء ، فيتحمل هذا الاخير نتيجة تقصيره ، ويصبح مسؤولا عن المصروفات التي ينفقها الدائن بعد الاخطار.

المطلب الثاني : تحديد نطاق التزام الكفيل طبقا للالتزام الاصلي

ان تحديد التزام الكفيل ، تحديد دقيقا ، يخضع للقاعدة ، التي مؤداها ، ان التزام الكفيل لايجوز ان يكون اشد من التزام المدين الاصلي ، فقد نص المشرع في المادة 652 مدني جزائري على انه (لاتجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ،

1- د . نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ص 288.

ولا بشرط اشـد من شروط الدين ، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ اقل وبشروط أهـون) .
وهذه القاعدة ، يمكن التطرق اليها من وجهين :

الفـرع الاول : حكـم الكفالة اذا كـانت بأكثر من الدين :

تقتضي الصفة التبعية للكفالة ، الا يكون مقدار التزام الكفيل ، اكبر من مقدار التزام المدين ، او يكون التزامه بالوفاء في اجل اقرب من اجل الوفاء بالدين " واذا ... كـفـل الكفيل المستأجر في دفـع الاجرة ، اقتصرت كفالتـه على الالتزام بدفع الاجرة ، ولا تمتـد الى الالتزامـات الاخرى الناشئة عن عقد الايجار ، كالتعويضات عن التلف او التعويض عن الحريق " ،[1] مثـلا .

فاذا عقدت الكفالة بمبلغ اكبـر مما هو مستحق على المدين ، او بشروط أشـد من شروط الدين المكفول ، فلا يعتبر العقد باطلا ، بل يعتبر صحيحا في حدود الالتزام الاصلي ، تطبيقـا للقاعدة العامة في البطلان الجزئي او الانقـاص[2] .

الفـرع الثانـي : حكم الكفـالة اذا كانت اقـل من المدين

نص المشرع على هذا الحكم في المادة 652 فقرة 2 بقوله (تجوز الكفالة فـي مبلغ اقل وبشروط أهون) . فيتبيـن من هذا ، انـه يجوز الاتفاق على الا يلتزم الكـفيل الا بجزء من الدين الاصلي ، فقط ، او لا يلتزم بمـا يستحق للدائن من مصاريف أو تعويضات وبصفـة عامة ملحقات الدين .

1ـ عبد الرزاق السنهوري ـ المرجع السابق ص86 .

2 ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص42

" وحكمة كون القانون لايجيز التعهد بأكثر من الدين ، ويجيز بأقل من الدين هي انه اذا كان الالتزام التابع يزيد على الالتزام الاصلي ، فانه في هذه الحالة لا يكون له سبب بخلاف ، ما اذا كان اقل من الالتزام الاصلي" [1] .

اما اذا كان التزام الكفيل في حدود التزام المدين فان " الكفيل يستفيد من كل تغيير في شروط التزام المدين ، ولكنه لا يضار من هذا التغيير " [2] .

ومثال ذلك ، اذا ابرأ الدائن المدين في جزء من الدين ، فالكفيل يستفيد من الابراء بالنسبة لهذا الجزء ، الا اذا وقع تعديل في الالتزام ، وادي هذا الى جعل مركز المدين اشد ، فلا يضار الكفيل من جراء هذا التعديل .

الفصل الثالث : سبب الكفالة واثباتها :

المبحث الاول : سبب الكفالة :

ان المشرع لم ينظم نصوصا خاصة بالسبب ، فيما يتعلق بالكفالة ، ولذلك يجب الرجوع الى القواعد العامة في هذا الصدد .

فالمادة 97 م . ج . تنص على انه (اذا التزم المتعاقد لغير سبب ، او لسبب مخالف للنظام العام او الاداب ، كان العقد باطلا [3] ، كما تقضي المادة 98 م . ج بأنه (كل التزام مفترض ان له سببا مشروعا مالم يقم الدليل على غير ذلك) .

---

1 ــ د . محمد كامل مرسي ــ المرجع السابق ــ ص 51

2 ــ د . سمير عبد السيد تناغو ــ المرجع السابق ص54 .

3 ــ يلاحظ ان النص العربي قد ورد فيه (اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع ...) اما النص الفرنسي المذكور ، فهو يساير القانون المصري في مادته 136 .

يتضح من هذه النصوص، ان القانون المدني الجزائري ، قد اخذ بما وصلت اليه التشريعات الحديثة ، في نظرية السبب ، والتي ترى ان السبب هو الباعث الدافع للتعاقد وليس مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد .

فالباعث غير المشروع الذي يدفع بالمتعاقد الى ابرام العقد ، ينتج عنه بطلان العقد ، متى كان الطرف الاخر يعلم به، أو باستطاعته ان يعلم به .

لكن اذا كان الباعث غير مشروع ، ولم يذكر في العقد ، ولم يكن الطرف الاخر يعلم به، او ليس من السهل عليه ان يعلم به، يكون العقد صحيحا .

فاذا طبقنا هذه القواعد العامة في السبب على عقد الكفالة ، نتوصل الى أن سبب التزام الكفيل هو الباعث الذي دفعه الى التعاقد ، ويتمثل في ان الكفيل في اغلب الاحوال - يرغب في تقديم خدمة للمدين .

فاذا كان الباعث مشروعا ، غير مخالف للنظام العام ، والاداب ، كان عقد الكفالة صحيحا ، اما اذا كان عكس ذلك ، بأن كان الباعث الذي دفع الكفيل الى ابرام العقد غير مشروع ، يكون العقد باطلا ، بشرط ان يكون الدائن على علم ، أو بامكانه ان يعلم بعدم مشروعية الباعث.

ونجد في هذا المجال ، آراء فقهية مختلفة ، فالبعض[1] ، يذهب الى المشرع يأخذ بالالتزام المجرد في بعض الاحوال على سبيل الاستثناء ، ومنها حالة التزام الكفيل نحو الدائن . وهو رأي يهدف الى اعتبار الكفالة تصرفا مجردا بقطع النظر عن سببه، فالتصرف يعتبر صحيحا ، حتى ولو لم يكن له سبب ، أو كان سببه غير مشروع .

1- عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 469

وقد انتقد هذا الرأي، من اغلبية الفقهاء، لانه لا يستند الى أساس من نصوص القانون [1] ولأنه يصحح الكفالة في جميع الاحوال، مع ان هناك حالات تقتضي العدالة فيها بطلان الكفالة [2].

وكذلك يؤدي الى امتناع الكفيل في التمسك ببطلان الكفالة على اساس السبب في مواجهة الدائن، الا فيما يتعلق بالسبب بمعنى الغرض المباشر وفي الاحوال التي يكون فيها هذا الغرض خارجا عن علاقة الكفيل بالدائن [3] والبعض الاخر يأخذ بالسبب بمعنى الباعث [4]، وهناك من يأخذ بازدواج السبب [5].

المبحث الثاني: اثبات الكفالة

قضت المادة 645 م.ج بأنه (لا تثبت الكفالة الا بالكتابة، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الاصلي بالبينة). فيتضح من هذا النص، ان الكتابة ضرورية لاثبات التزام الكفيل، الا انها ليست كذلك بالنسبة للانعقاد، فعقد الكفالة، عقد رضائي - كما سبق القول - لا تشترط فيه اية شكلية معينة في انعقاده.

فالكفالة لا تثبت الا بالكتابة، ايا كانت قيمة الالتزام المكفول، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام المكفول بالبينة.

والحكمة، من هذا التشديد في اثبات الكفالة، هي ان الكفيل يصبح مسؤولا عن الوفاء بالتزام المدين، اذا لم يف به المدين نفسه، وفي اغلب الاحيان يكون الكفيل ملتزما بدون مقابل، ولذلك. استلزم المشرع الاثبات بالكتابة، لخطورة الكفالة، وضرورة

1- د. محمد على امام - المرجع السابق ص 75
2 - د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص 45.
3 - د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص47
4 - د. محمد على امام - المرجع السابق ص74.
5 - د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص 44.

التروي ، قبل الاقدام عليها ، وهو نفس السبب الذي دعا المشرع الفرنسي الى اشتراط ان يكون رضا الكفيل صريحا [1] .

ونجد في هذا الصدد ، ان المادة السابقة - من القانون المدني الجزائري تطابق نص المادة 773 من القانون المدني الجزائري ، وقد ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في هذا مايلي : " انه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج عن القواعد العامة ، في الاثبات ، لان التزام الكفيل ، هو اساسا من الالتزامات التبرعية ، فيجب ان يستند الى رضاء صريح وقاطع ، وقد يكون من العسير ، أو قد يستحيل احيانا تعرف طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه ، ونوع كفالته ، عن طريق شهادة الشهود وحدها ، ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة ، كما يندر ان سيلجأ الدائن في دعواه ضد الكفيل الى الاثبات بالبينة ") [2] .

والاثبات بالكتابة مشترط في العلاقة بين الكفيل والدائن فقط ، وحيث أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ، وهو الكفيل ، فان الاثبات بالكتابة ، يكون دائما في مواجهته [3] اما بالنسبة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين ، فانها تخضع للقواعد العامة في الاثبات بالبينة والقرائن اذا كان رجوع الكفيل على المدين بألف دينار فأقل ، وأن المادة 645 م.ج لايمكن تطبيقها .

---

1 - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط ج 10 - ص 79 .

2 - اشار اليه كل من :

د . عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص78

د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 50

د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص56 .

3 - د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص298 .

د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص57 .

وما يجب التأكيد عليه، هو ان الكفالة عقد رضائي ، يقوم بمجرد تراضي الطرفين ، دون حاجة الى كتابة ، وينتج كل آثاره القانونية ، وما يثور عن تخلف الكتابة يتعلق باثبات العقد ، وليس بوجوده .

ومع ذلك ، يمكن طبقا ، لما ورد في المادتين 335 ، 336 مدني جزائري اذا لم يوجد الكتابة اثباته بالاقرار او اليمين ، وحتى بالبينة والقرائن ، واذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، او مانع من الحصول على كتابة .

اما عندما يكون التزام الكفيل تجاريا ، فانه لايلزم باثباته كتابة ، وانما يجوز اثباته بالبينة والقرائن ، طبقا للقواعد العامة ، ويذهب البعض (1) الى أنه كما تلزم الكتابة لاثبات انقضاء الكفالة ، فهي ملزم ايضا لاثبات عقد الوعد بالكفالة .

---

1 ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص 50 .

الباب الثالث : اثار الكفالة

ان عقد الكفالة ، يبرم بين الدائن والكفيل - كما سبق القول ، وهما طرفان الاساسيان ، فمن الطبيعي ان تنشأ بينهما علاقات . فالكفيل عندما يقوم بوفاء الدين الذين للدائن ، اذا لم يف به المدين نفسه، يحق له ان يرجع على المدين ، بما وفاه ، فما مدى هذا الرجوع ، وفي حالة ، ما اذا تعدد الكفلاء ، وقام احدهم بالوفاء فهل يعود على الكفلاء الاخرين . وسنتطرق لآثار الكفالة في فصول ثلاثة .

الفصل الاول : في علاقة الكفيل بالدائن .

الفصل الثاني : في علاقة الكفيل بالمدين .

الفصل الثالث : في علاقة الكفلاء فيما بينهم .

الفصل الاول : العلاقة ما بين الكفيل والدائن

للدائن بموجب عقد الكفالة ، ان يطالب الكفيل بوفاء الدين ، ولهذا الاخير ان يفي بالدين ، اذا لم يف به المدين نفسه ، ولكن متى يجوز للدائن ان يطالب الكفيل ؟

المبحث الاول : متى يجوز للدائن مطالبة الكفيل ؟

طبقا للقواعد العامة ، فانه لايجوز للدائن ان يرجع على الكفيل قبل حلول اجل التزام الكفيل ، كما يترتب على تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الاصلي ، ان الدائن لايحق له ان يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين الاصلي بالدين .

المطلب الاول : حلول اجل التزام الكفيل :

للدائن ان يطالب الكفيل ، الا انه يشترط ان يكون اجل الالتزام قد حل

بالنسبة للكفيل ، والاجل يحدد بالاتفاق عليه في عقد الكفالة ، الا انه لا يجوز أن يتفق على شروط اشد من شروط الدين المكفول ، وان كان من الجائز الاتفاق على شروط اهون .

لذلك ، ففي حالة الاتفاق على اجل لالتزام الكفيل بعد اجل التزام المدين الاصلي ، فلا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل الا عند حلول اجل التزامه .

اما اذا لم يتفق على اجل خاص لالتزام الكفيل ، فيكون الاجل هو اجل الالتزام الاصلي . " وفي حالة التغيير في الاجل بالنسبة للالتزام الاصلي ، فالكفيل لا يضار من هذا التغيير ، ولكن يستفيد منه "(1) .

فاذا امتد الاجل بارادة الطرفين الدائن والمدين — او بحكم القاضي ، فطبقا لخصيصة تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الاصلي ، فان الكفيل يستفيد من هذا التغيير ، فيمتد أجل التزام الكفيل الى هذا الاجل الجديد الممنوح للمدين الاصلي ، ولا يجوز للدائن ان يطالب الكفيل الا عند حلول هذا الاجل . الا ان الكفيل قد يتمسك بالالتزام الاصلي ، اذا ما رأى فائدة في ذلك ، فيقوم بالوفاء فيه دون انتظار الاجل الجديد ، وذلك كي يعود على المدين قبل ان يعسر او يزيد في اعساره .

وان كان هناك اجل واحد بالنسبة للالتزامين ، وسقط الاجل بافلاس المدين أو باضعاف التأمينات ، او بعدم تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات ، فليس هناك ما يدعو الى اسقاط الاجل بالنسبة للكفيل ، وفقا للرأي الراجح ، طالما ان مركز الكفيل المالي لم يتغير .(2)

1— د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص 53
د . سمير عبد السيد تناغو — المرجع السابق ص 60

2 — د . محمد على امام — المرجع السابق ص80
د . عبد الرزاق السنهوري — المرجع السابق ص 91
د . نبيل ابراهيم سعد — المرجع السابق ص303 .

ويرى البعض الاخر ، ان مقتضى عقد الكفالة ان يسقط الاجل بالنسبة للكفيل اذا سقط الاجل بالنسبة للمدين ، بسبب عدم تقديم التأمينات التي وعد بتقديمها ، اذا كان الكفيل على علم بهذا الوعد ، عند عقد الكفالة ، اذ يضمن الكفيل في هذه الحالة تنفيذ المدين لوعده ، الا اذا ظهر من عقد الكفالة عكس ذلك (1) .

ولا مجال للخلاف السابق ، اذا كان لالتزام الكفيل اجل خاص ابعد ، من اجل التزام المدين الاصلي ، فالتزام الكفيل لا يسقط ، اذا ما سقط التزام المدين الاصلي .

المطلب الثاني : عدم جواز مطالبة الكفيل الا بعد مطالبة المدين

نصت المادة 660 فقرة 1 م .ج على انه" لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده ، الا بعد رجوعه على المدين " .

يتضح من خلال هذا النص ، ان الدائن لا يجوز له ، ان يرجع على الكفيل ، لمطالبة بتنفيذ الالتزام الا بعد ان يرجع بالمطالبة على المدين اولا ، وهذا تطبيقا للقواعد العامة ، لاعتبار الكفيل ضامن احتياطي ، والتزامه تابع الالتزام المدين الاصلي لكن ما المقصود بالرجوع في هذه المادة . " فالمقصود بالرجوع هو المطالبة القضائية اي رفع الدعوى (2) ولذلك لا يكفي اعذار المدين فقط ، لرفع الدعوى على الكفيل ، بل يجب ان يكون قد رفع الدعوى على المدين ، او على المدين والكفيل معا .

---

1 — د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص 54

2 — د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص55
د . رمضان ابو السعود — المرجع السابق ص 117
د . سمير عبد السيد تناغو — المرجع السابق ص 63
د . جمال الدين زكي — المرجع السابق ص87
د . عبد الرزاق السنهوري — المرجع السابق ص100 .

اما اذا كان لدى الدائن سند تنفيذي كأن يكون الدين ثابتا بعقد رسمي ، فلا حاجة لرفع الدعى على المدين ، كي يمكن الرجوع على الكفيل ، بل يكفي ان يكون قد اعذر المدين من قبل .

كذلك ، اذا امتنع على الدائن رفع الدعوى على المدين في حالة الافلاس والواجب في هذه الحالة ان يتقدم بدينه في تفليسه مدينه ، حتى يمكن له بعد ذلك ان يرجع على الكفيل طبقا لنص المادة 658 م.ج .

فاذا لم يرجع الدائن على المدين اولا ، ورفع دعواه على الكفيل وحده ، فتكون دعواه غير مقبولة ، وعلى الكفيل ان يتمسك بهذا الدفع امام المحكمة ، " وان كان يجوز له ان يبديه في اية حالة تكون عليها الدعوى ، ولو في مرحلة الاستئناف"(1) ولا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ، لأن الحكم الوارد في المادة 660/ 1 مدني جزائري ، والتي تقابل المادة 788 / 1 مدني مصري لا يتعلق بالنظام العام (2) .

وحتى يتمكن الكفيل من التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين اولا يجب ان تتوافر شروط معينة وهي :

1- يشترط الا يكون الكفيل قد نزل عن حقه ، في رجوع الدائن على المدين قبل ان يرجع عليه ، لان الحق مقرر لمصلحة الكفيل ، ولحمايته ، فله ان ينزل عنه ، سواء كان النزول عقد الكفالة او بعده ، ويرى اغلبية الفقه ان الزول قد يكون صريحا أو ضمنيا (3)

1- د . جمال الدين زكي - المرجع السابق ص 88
د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص305
د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص55
2- د . جمال الدين زكي - المرجع السابق ص88 .
3- د . رمضان ابو السعود - المرجع السابق ص119
د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص57
د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص 305 .

بينما يرى البعض الآخر ، ان النزول لايكون الا اذا كان صريحا [1] .

2 ـ الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين ، وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع ولكن هناك اجماع فقهي على الاخذ به [2] ، لأنه طبقا للقواعد العامة في التضامن أن الدائن يحق له ان يطالب ، ايا من المدينين المتضامنين ، او يطالبهم مجتمعين وان كان الكفيل ، حتى ، ولو كان متضامنا مع المدين لايتساوي معه ، لان التزامه التزاما تبعيا .

وهذه القاعدة العامة ، قد اورد المشرع تطبيقا لها ، وذلك في موضوع كفيل الكفيل ، حيث نصت المادة. 669 م .ج على انه (تجوز كفالة الكفيل ، وفي هذه الحالة لايجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل الا اذا كان كفيل الكفيل ، متضامنا مع الكفيل) .

تطبيقا لذلك ، لايجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل الا بعد رجوعه على الكفيل الا في حالة التضامن ، ولان مركز الكفيل من المدين لايختلف عن مركز الكفيل من الكفيل ، وقياسا على ذلك ، لايجوز للدائن ان يرجع على الكفيل قبل الرجوع على المدين مالم يكن هناك تضامن بينهما .

3ـ ويجب ان تكون هناك فائدة من رجوع الدائن على المدين اولا .

وهذا الشرط يستفاد من القواعد العامة ، حيث لادعوى بدون مصلحة ، وعلى ذلك ، اذا كان المدين ، لايملك شيئا ، يستطيع الدائن ان يستوفي منه حقه ،

---

1 ـ د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص 70

2 ـ د . عبد الرزاق السنهوري ـ المرجع السابق ص 103
د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص 56
د . جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص 88
د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص 64
د . رمضان ابو السعود ـ المرجع السابق ص 118
د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص 305 .

تنعدم ك مصلحة الكفيل في التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى ، " والمصلحة شرط لقبول الدعوى او الدفع " [1] " فلا محل لاثارة الدفع اذا كان المدين معسرا كان ظاهر العجز عن الوفاء بالدين ، بأن لم تكن له اموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها

ويقع عبء اثبات ان المدين معسر ، او عاجز عن الوفاء على الدائن ، وبخلاف ذلك ، في الدفع بالتجريد ، حيث يقع عبء اثبات وجود اموال للمدين كافية للوفاء بالدين ، يقع على الكفيل ، بل يكفي ان يكون لدي المدين ما يفي بجزء من الدين ، اذ يعد هذا مفيدا للكفيل من جهة ، ومن جهة اخرى ، فلن يصيب الدائن اي ضرر ، مادام انه يستوفي بقية حقه من الكفيل بعد ذلك .

فاذا توافرت هذه الشروط ، فهل يجوز للمحكمة ان تقضي بذلك من تلقاء نفسها ، أم يجب على الكفيل ان يتمسك بالدفع امامها .

فالرأي الراجح فقها ، هو وجوب تمسك الكفيل ، امام المحكمة بالدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين ، فهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام ، وانما بمصلحة الكفيل الشخصية [3] .

وهذا الدفع ، يمكن ابداؤه لاول مرة امام محكمة الاستئناف ، ومع انه يعد حاجزا امام الدائن ، الا انه يمكن له ان يتجاوزه ، وذلك بالرجوع على المدين والكفيل معا ، او بالرجوع على المدين اولا ثم يرجع بعد ذلك على الكفيل .

---

1 ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص56

2 ـ د . رمضان ابو السعود ـ المرجع السابق ص119

3 ـ د . محمد على امام ـ المرجع السابق ص94

د . عبد الرزاق السنهوري ـ المرجع السابق ص 104
د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص66
د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص57 .

وعكس ذلك ـ د . سليمان مرقس ص86 .

الا انه يبقى للكفيل دفع آخر ، يمكن له استعماله ليمنع الدائن من التنفيذ على امواله ، قبل التنفيذ على اموال المدين ، وهو الدفع بالتجريد .

المبحث الثاني : الدفع بالتجريد

لقد تأكدت الصفة التبعية للكفالة ، في التشريعات الحديثة ، وما يترتب على ذلك ، ان الدائن لا يستطيع ان ينفذ على اموال الكفيل قبل ان ينفذ على اموال المدين وهذا هو الدفع بالتجريد ، وهو حق للكفيل اذا توافرت شروط معينة ، وقد نص المشرع الجزائري ، كبقية المشرعين ، على الدفع بالتجريد ، في المادة 660 فقرة 2 على انه (ولا يجوز له ، اي للدائن) ان ينفذ على اموال الكفيل الا بعد ان يجرد المدين من امواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق .

والحكمة من تقرير هذا الدفع ، هي حماية مصلحة الكفيل دون الاضرار بالدائن فالمنطق يقتضي ان يبدأ الدائن في التنفيذ على اموال المدين قبل التنفيذ على اموال الكفيل ، اذا كانت للمدين اموال كافية لسداد الدين ، وهذا اختصارا للاجراءات ، وربحا للوقت ، واقتصادا في النفقات ايضا ، لان بتنفيذه على اموال الكفيل ، يؤدي الى رجوع هذا الاخير على المدين ، وكان بالاحرى ان يعود الدائن على المدين مباشرة لاستيفاء حقه .. اضافة لذلك فان التزام الكفيل يعد التزاما تبعيا لالتزام المدين الاصلي .

واذا كان الكفيل الشخصي ، قد تقرر له هذا الحق صراحة ، فان الكفيل العيني لم يمنح له نفس الحق ، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 901 م.ج المتعلقة بالرهن الرسمي على انه (اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله ، الا على ما رهن من ماله ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين الا اذا وجد اتفاق يقضي ذلك .

وقد كان المنطق يقتضي التسوية في التمسك بهذا الدفع ، بين كل من الكفيلين الشخصي والعيني ، وحرمان الكفيل العيني من الدفع بالتجريد ليس قائما على اساس

منطقي او قانوني [1] ذلك ، لان الكفيل العيني كالكفيل الشخصي ، فالتزام كل منهما التزام تبعي ، فالفرق بينهما ، ان مسؤولية الكفيل العيني تكون في حدود المال المرهون اما مسؤولية الكفيل الشخصي ، فتكون في كل ذمته المالية .

ورغم ذلك ، فلا يحق للكفيل الشخصي ان يتمسك بهذا الدفع ، إلا بتوافر شروطه .

المطلب الاول : شروط الدفع بالتجريد

فشروط الدفع بالتجريد ، تتمثل في انه يجب على الكفيل ان يتمسك بالدفع بالتجريد ، والا يكون متضامنا مع المدين ، وان يرشد الدائن الى اموال للمدين في الجزائر ، تكفي للوفاء بالدين كله .

1- يجب ان يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد

نصت المادة 2/660 م.ج على انه (لا يجوز للدائن) ان ينفذ على اموال الكفيل الا بعد ان يجرد المدين من امواله ، ويجب عليه في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق ، فالدفع بالتجريد حق خاص مقرر لمصلحة الكفيل ، " ولا يتعلق بالنظام العام " [2] .

ويترتب على ذلك ، انه لا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها . وطالما ان الدفع بالتجريد يعد حقا مقررا لمصلحة الكفيل ، يجوز له ان يتنازل عنه ، سواء عن انعقاد الكفالة ، او بعد ذلك ، وغالبا ما يتم النزول عن انعقاد الكفالة ويشترط الدائن على الكفيل ذلك بشكل صريح وقد يكون التنازل ضمنيا ، فيستخلص من تعهد الكفيل بدفع الدين فورا اذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول اجليه .

---

1 — د . رمضان ابو السعود — المرجع السابق ص . 153
د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص 83

2— د . جمال الدين زكي — المرجع السابق ص 114 .

وتنازل الكفيل عن حقه بالدفع بالتجريد ، يحرمه من التمسك به بعد ذلك.
لكن متى يجوز الكفيل ان يتمسك بالدفع بالتجريد .

نص القانون المدني الفرنسي في هذا الصدد في مادته 2022 على انه (الدائن لا يلتزم بتجريد المدين من امواله الا اذا طلب الكفيل ذلك ، عند الاجراءات الاولى الموجهة ضده) ، اي انه " يجب ان يدفع بالتجريد ، قبل التعرض لموضوع الدعوى والا اعتبر سكوته نزولا ضمنيا عنه " (1) .

والقانون المدني الجزائري كالقانون المدني المصري ، لم يأت بنص يقابل النص الفرنسي ، لذلك ، وجد خلاف فقهي في مصر ، حول جواز الاخذ بالحكم الفرنسي او عدمه فذهب البعض (2) الى عدم جواز تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في اثناء نظر الدعوى بينما يذهب الرأي الراجح (3) الى عدم التقيد بما ورد في الحكم الفرنسي ، وليس هناك ما يمنع الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد في المرحلة الاولى ، متى كانت الدعوى مقبولة ويجوز للقاضي في هذه الحالة ان يحكم بالزام الكفيل بالدين ، على الا ينفذ على امواله الا بعد تجريد المدين .

2 – يجب الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين .

تقضي المادة 665 م .ج بأنه (لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ان يطلب التجريد) فبمقتضى التضامن ، يعطي للدائن الحق في مطالبة اي من المدينين

---

1 – بلانيول وريبرج 11 ص985
بودان – التأمينات الشخصية والعينية ص 88
2 – د . سليمان مرقس – المرجع السابق ص89
د . جمال الدين زكي – المرجع السابق ص116
3– د . سمير عبد السيد تناغو – المرجع السابق ص72
د . منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص 86
د . نبيل ابراهيم سعد – المرجع السابق ص312 .

المتضامنين بدون تمييز، فلا يكون لأي منهم ان يطلب التجريد، وكما يتضح من النص ان تضامـن الكفيل مع المدين هو وحدة الذي يحرمه من التجريد .

وقد ذهب البعض[1] الى انه ليس هناك ما يمنع من الاتفاق في عقد الكفالة على احتفاظ الكفيل، رغم تضامنه مع المدين بحقه في تجريده" .

ولذلك اذا كان التضامن بين الكفلاء فقط، فانه لايحرم الكفيل من التجريد، فما يترتب عليه هو حرمانه من حق التقسيم . والكفيل في الكفالة القضائية والكفالة القانـونيـة يعتبر متضامنا بنص القانون، وقد اشارت الى ذلك المادة 667 م.ج (يـكون الكفلاء في الكفالة القضائية او القانونية دائمـا متضامنين)، بناء على ذلك، لايحق للكفيل القضائي او القانوني ان يدفع بالتجريد .

اما بالنسبة لكفيـل الكفيل، فذهب رأي[2]، الى ان تضامن الكفيل مع المدين لايحرم كفيله من الدفع بالتجريد، قبل الكفيل والمدين، بينما يذهب راي آخر[3] الى ان تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل، ولو لم يكن متضامنا مع المدين من الدفع بالتجريد، مادام الكفيل نفسه لايستطيع ان يدفع بتجريد المدين، والا لترتـب علـى وجود كفيل الكفيل الانتقـاص من حقوق الدائـن .

والكفيل الشخصي هو الذي يحق له الدفع بالتجريد، اما الكفيل العيني، فلا يحق له ذلك، وقد سبقت الاشارة لذلك[4] .

---

1 ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص84
د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص308
ويرى عكس ذلك : د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص 69

2 ـ د . محمد علي امام ـ المرجع السابق ص99
د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص308.

3 ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص84
د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص70

4 ـ انظـروا الصفحة رقـم : 48.

والحق في الدفع بالتجريد ، يثبت للكفيل الشخصي ، متى كان غير متضامن مع المدين ، سواء كانت الكفالة باتفاق مع المدين ، او بدون علمه ، او رغم معارضته ، وسواء كانت بمقابل ام بغير مقابل ، مدنية ام تجارية ، فالكفيل يحق له الدفع بالتجريد كلما توافرت شروطه .

كما ان الكفيل ز ، له الحق في الدفع بالتجريد ، قبل المدين الذي كفله فقط ، ومن ثم ، اذا كان هناك مدينون متعددون ، وكفل الكفيل احدهم فقط ، فلا يحق له ان يدفع بتجريد الاخرين ، وذلك ، بعكس ما اذا كفلهم جميعا ، فيستطيع في هذه الحالة ان يدفع بالتجريد قبلهم جميعا .

3 — ان يرشد الكفيل الدائن الى اموال للمدين تفي بالدين كله .

فقد نصت المادة 661 م.ج على انه :

1 — اذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى أموال للمدين تفي بالدين كله .

2 — ولا يؤخذ بعين الاعتبار الاموال التي يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الاموال تقع خارج الاراضي الجزائرية ، او كانت متنازعا فيها " .

فيتبين من هذه المادة ، انه يشترط في اموال المدين التي يرشد عنها الكفيل الشروط التالية :

أ — ان يكون لدى المدين اموال كافية :

يجب ان تكون لدى المدين اموال كافية للوفاء بالدين ، لانه اذا كانت اموال المدين غير كافية ، فان الدفع بالتجريد ، لا يحقق الغرض منه ، لان الدائن لا يستوفي الا جزءا فقط من الدين ، ويترتب على رجوعه على الكفيل في الجزء المتبقي تأخيره في استيفاء حقه .

ويرى جانب من الفقه، انه لايجب ان يحرم الكفيل من الدفع بالتجريد، اذا ارشد الدائن الى اموال المدين تفي جزءا كبيرا من المدين، لاختفاء الضرر، اذ يحق للدائن ان يطالب الكفيل بأداء الجزء المتبقي من الدين في الحال [1]، مع الاشارة الى ان القانون الفرنسي في المادة 2023، لايشترط سوى الارشاد عن اموال المدين يسهل التنفيذ عليها . وتستوي ان تكون اموال المدين، التي يرشد اليها الكفيل عقارا او منقولا" [2] اذ العبرة بالقيمة الصافية لهذه الاموال، فاذا كانت هذه الاموال مثقلة برهن أو تأمين عيني آخر، فان قيمة المال تتحدد بعد خصم الديون المضمونة بهذا التأمين [3] ومسألة كفاية الاموال او عدم كفايتها، مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي .

كما انه يجب ان تكون هذه الاموال قابلة للحجز عليها، رغم عدم النص على ذلك، " فالهدف ليس وجود اموال للمدين، وانما بالقدر الذي يستطيع الدائن ان يستوفي حقه من هذه الاموال، او بالقدر الجائز الحجز عليه من امواله" [4] .

ب ـ ان تكون هذه الاموال موجودة في الجزائر.

فلا تؤخذ بعين الاعتبار الاموال، التي يدل عليها الكفيل، اذا كانت تقع خارج الاراضي الجزائرية، وذلك، كي " لايرهق الدائن بالزامه اتخاذ اجراءات التنفيذ في الخارج " [5]، و" لما يكتنف التنفيذ على هذه الاحوال من صعوبات" [6] والمشرع

1ـ د . محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص117

2ـ د . محمد كامل مرسي ـ المرجع السابق ص63

د . عبد الرزاق السنهوري ـ المرجع السابق ص121

3ـ د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص 75

د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص88 .

4ـ د . محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص117

5ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص88

6ـ د . محمد على امام ـ المرجع السابق ص102 .

الجزائري كالمشرع المصري ، لايشترط ، مثلما اشترطه المشرع الفرنسي ، بأن تكون هذه الاموال واقعة في نطاق محكمة الاستئناف حيث يجب ان يتم الوفاء (م 2023 فرنسي)

حـ - ان تكون الاموال التى يرشد عنها الكفيل غير متنازع فيها .

فاذا كانت كانت الاموال ، متنازعا فيها ،فالدائن لايمكنه ان يحصل على حقه الا بعد تصفية النزاع القائم ، بشأن هذه الاموال ، وهذا مايؤدي الى ارهاق الدائن، وتعطيله في الحصول على حقه .

وقد استقر الرأي الفقهي في هذا الصدد ،على انه" لايعتبر المال متنازع فيه ان تكون قد قامت بشأنه دعوى اونزاع جدي ، وانما يكفي ان يستلزم التنفيذ عليه اجراءات طويلة معقدة" [1] ويعتبر مالا متنازعا عليه ،، الحصة الشائعة في عقار ، لأنه لايمكن التنفيذ عليها ، الا بعد الفصل في دعوى القسمة ، وكذلك اذا كان مال المدين مثقلا بحقوق عينية كرهن او امتياز او اختصاص[2] .

ونفقات ارشاد الدائن الى اموال المدين تقع على عاتق الكفيل ، طبقا للمادة 661م ج ومنها استخراج صور مستندات ملكية المدين للاموال التي يرشد عنها ، والشهادات العقارية الخاصة بهذه الاموال ، اما بالنسبة لنفقات تجريد المدين أي التنفيذ على الاموال ، فيقوم الدائن بانفاقها ، ثم يحصل عليها مع اصل الدين من اموال المدين [3] .

---

1 - د . عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص122
د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص 118
د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص115
د . سليمان مرقس - المرجع السابق ص 84
د . رمضان ابوالسعود - المرجع السابق ص160

[illegible] .344.

2 - د . عبد الرزاق السنهوري - ص122
بينما يرى د . محمود جمال الدين زكي عكس ذلك ، بقوله (لانرى ان الحصة الشائعة تعتبر بالضرورة مالا متنازعا فيه"

3 - د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص89 .

المطلب الثاني : آثار الدفع بالتجريد

يترتب على قبول الدفع بالتجريد أثران، اولهما : عدم جواز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من امواله، وثانيهما : مسؤولية الدائن قبل الكفيل عن اعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذ ه الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب .

الاثر الاول : يترتب على الدفع بالتجريد، طبقا للمادة 660/ 2 التى جاء بأنه " لايجوز (للدائن) ان ينفذ على اموال الكفيل الا بعد ان يجرد المدين من امواله " .

ان الكفيل، اذا تمسك بالدفع بالتجريد، عند نظر الدعوى - ويجوز له ذلك وفقا للرأي الراجح - فانه لايترتب عليه وقف سير الدعوى المرفوعة على المدين، وانما تستمر المحكمة في نظر الدعوى، فاذا تبين للقاضي بأن شروط الدفع بالتجريد متوافرة فانه يحكم " بالزام الكفيل بالوفاء، بعدم جواز التنفيذ على امواله الا بعد تجريد المدين فاذا اقدم الدائن بعد ذلك على اجراء من اجراءات التنفيذ على الكفيل قبل تجريد المدين كان هذا الاجراء باطلا (1) .

واذا تمسك الكفيل بالدفع في مرحلة التنفيذ عن طريق الاستشكال، يجب على الدائن ان يوقف التنفيذ على اموال الكفيل حتى يفصل القاضي في الدفع، فاذا تبين له توافر شروط الدفع، تعين عليه قبوله، والحكم، بوقف الاجراءات حتى يتم تجريد المدين من الاموال التي ارشد عنها الكفيل .

ويترتب على ذلك الغاء ما تم من هذه الاجراءات، وتعطيل آثاره .

1- د . محمد على امام - المرجع السابق ص- 105.
د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص- 90.

" فيلغي مثلا ، تنبيـــه نزع الملكية الموجه من الدائـــن للكفيل ، كما تلغي اجراءات الحجز التنفيذي الموقع على منقولات الكفيل ، او الحجز التنفيذي الموقع تحت يد الغير[1] ولا يجوز للدائن ان يجري المقاصة بين التزام الكفيل ، والتزام آخر في ذمته له" [2] كما ان وقف اجراءات التنفيذ ، لا يؤدي الى منع الدائن من اتخاذ الاجراءات التحفظية ، فيحق له ، ان يوقع الحجز التحفظي على اموال الكفيل ، وان يطلب وضع الاحكام على اموال تركته عند وفاته [3] .

كما انه يعتبر ، من ضمن الاجراءات التحفظية ، حصول الدائن على حق اختصاص ، لان الاختصاص ، يعد مجرد اجراء تحفظي ، يهدف الى حماية الدائن ضد تهريب المدين لا حواله ، ولا يدخل ضمن اجراءات التنفيذ التي تمنع على الدائن اتخاذها قبل تجريد المدين [4] .

<u>الاثـر الثاني</u> : يترتب على قبول الدفع بالتجريد ، مسؤولية الدائن عن اعسار المدين ، نتيجة عدم اتخاذ اجراءات التنفيذ في الوقت المناسب .

وقد نصت على ذلك المادة 662 م.ج ، حيث جاء فيها : (يكون الدائن في كل الاحوال الى يدل فيها الكفيل على اموال المدين ، مسؤولا تجاه الكفيل عن اعساره المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب) .

1– د. عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص127
د. محمد على امام – المرجع السابق – ص106
د. نبيل ابراهيم سعد – المرجع السابق ص317

2– د. محمود جمال الدين زكي – المرجع السابق ص120

3– د. د. السنهوري – المرجع السابق ص127
د. محمد على امام ص106
د. منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص90
د. جمال الدين زكي – ص120

4 – د. سمير عبد السيد تناغو – المرجع السابق ص77
د. محمد على امام – المرجع السابق ص107.

فالهدف من التجريد ، هو الزام الدائن على استيفاء حقه من اموال المدين ، وذلك ، لاستبعاد القيام بالاجراءات مزدوجة ، ومن ثم ، فانه يتعين على الدائن ، بمجرد قبول الدفع بالتجريد ، ان يشرع في التنفيذ على اموال مدينه، التي ارشد عنها الكفيل .

فاذا قام بذلك ، واستوفى حقه كاملا ، انقضى الدين المكفول ، وينقضي تبعا لذلك التزام الكفيل .

وقد يتخذ الدائن اجراءات التنفيذ ، ورغم ذلك ، لا يستوفى الا جزءا من دينه، ففي هذه الحالة " تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما استوفاه الدائن من الدين" [1] اما بالنسبة للجزء الباقي ، فقد يكون ذلك ، راجع لسبب لا يدله فيه، كأن يكون قد قام باجراءات التنفيذ في الوقت المناسب وفقا لمسلك الرجل العادي ، الا ان قيمة الاموال الحقيقة تبين انها اقل ، مما قدرته المحكمة ، او انخفضت قيمتها في الفترة ما بين التقدير والبيع ، او اذا ظهر دائنون عاديون لم تكن ديونهم معلومة عند قبول التجريد ، فزاحموا الدائن ، ففي هذه الاحوال ، يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل ، لينفذ على امواله، ليستوفي ما بقي له من حقه [2] .

اما اذا كان سبب عدم استيفاء الدائن لحقه كاملا ، هو تأخره، او تقصيره في اتخاذ اجراءات التنفيذ في الوقت المناسب على اموال المدين ، يكون مسؤولا ، طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، قبل الكفيل ، فتبرأ ذمة هذا الاخير ، بقدر قيمة الاموال ، التي تأخر الدائن في التنفيذ عليها ، ويقع على الكفيل عبء اثبات تقصير الدائن .

1— د . محمد علي امام — المرجع السابق ص107

2— د . السنهوري — المرجع السابق ص128
د . محمد علي امام — المرجع السابق ص107
د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص 91
د . رمضان ابو السعود — المرجع السابق ص 165 .

المطلب الثالث : تجريد التأمين العيني

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع في المادة 663 م.ج بقوله(اذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين ،وقدمت كفالة ، بعد هذا التأمين أو معه، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الاموال التى خصصت لهذا التأمين) . وهي تقابل المادة 791 من القانون المدني المصري ، ولا مقابل لها في القانون المدني الفرنسي .

فيتضح من هذا النص ان المشرع ، لم يشترط ان يكون المال الذي ينفذ عليه كافيا ، للوفاء بدين الدائن ، ولتطبيق هذه المادة يجب توافر الشروط الآتية :

1 - يجب ان يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين المكفول:
والتأمين العيني ، قد يكون عقارا ، او منقولا ، وطبقا للنص، قد يكون مصدره القانون كحق الامتياز، او الاتفاق ، كالرهن الرسمي ، او الرهن الحيازي .

اما بالنسبة لحق التخصيص، فلم يشمل النص، لان مصدره هو حكم قضائي واجب التنفيذ طبقا لنص المادة 937 م.ج . ومع ذلك ، نجد الرأي الراجح فقها ، يذهب الى ان هذا النص يشمل حق الاختصاص كذلك ، اذ يسري على حق الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من احكام [1] ، وليست هناك اهمية ، لكون التأمين العيني يضمن الدين المكفول وحده ، او يضمن كذلك ديونا اخرى .

1- د . السنهوري - المرجع السابق ص 130
د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص93
د . محمد على امام - المرجع السابق ص109
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص79
د . جمال الدين زكي - المرجع السابق ص122.

2 - يجب ان يكون التأمين العيني قد تقرر مع الكفالة أو قبلها .

فاذا تقرر التأمين العيني لضمان الدين بعد الكفالة، فان الكفيل لا يمكنه ان يدفع بوجوب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني، قبل التنفيذ على أمواله نظرا لأنه قد ابرم عقد الكفالة، دون ان يكون معتمدا على اي تأمين آخر، بجانب التزامه بالوفاء بالدين، اذا لم يقم المدين الاصلي بالوفاء به،، اما اذا كان التأمين العيني، قد وجد قبل الكفالة او معها، فان الكفيل، قد اعتمد على التأمين العيني الذي وجد وقت الكفالة، او معها .(1)

3- يجب الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين:

وهذا الشرط مطلوب في الدفع بالتجريد، بصورة عامة، وكذلك في هذه الحالة ومن ثم، اذا كان الكفيل متضامنا مع المدين، فانه يحرم من التمسك بالدفع بالتجريد ويجوز للدائن ان ينفذ على امواله، قبل ان ينفذ على المال المحمل بتأمين عيني، لوجود التضامن بين الكفيل والمدين .

4- يجب ان يتمسك الكفيل بهذا الدفع :

فقد سبقت الاشارة الى ان الدفع بالتجريد، مقرر لمصلحة الكفيل، ولذلك يجب التمسك به،، لأنه لا يتعلق بالنظام العام . فلا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز للكفيل، ان يتنازل عن حقه في التمسك بهذا الدفع .

5- هل يشترط ان يكون التأمين العيني مملوكا للمدين .

فقد جاء في نص المادة 663 م.ج عاما، حيث جاء فيه (اذا كان هناك تأمين عيني ...) فلم يوضح الشخص الذي يقدم هذا التأمين . وكون هذا النص يطابق نص المادة 791 م مصري، فقد ثار خلاف فقهي، حول ملكية التأمين العيني، هل المدين هو الملزم بتقديمه،، ام يجوز ان يقدم من الكفيل العيني .

---

1 - د . رمضان ابو السعود - المرجع السابق ص 127

د . محمد علي امام - المرجع السابق ص110.

فيرى الفقه الغالب [1]، ان يكون التأمين العيني، قد تقرر على مال مملوك للمدين واستندوا في ذلك، الى ان هذا النص، ينصرف الى الحالة التي يكون فيهـا المدين مالكـا، للتأمين العيني، لان الدفع بالتجريد يكون بالنسبة لاموال المديـن ولان هذه الصورة تعد صورة للدفع بالتجريد، وان المبادئ العامة، تقضي بـان الكفيل الشخصي، لايجوز له تجريد الكفيل العيني، فهما يعتبران في مركـز واحد، ولكل منهما اذا قام بالوفاء للدائن ان يعود على الاخر بقدر نصيبـه.

المبحث الثالـث : الدفـع بالتقسيـم

فاذا ضمن المدين، اكثـر من كفيل، وبعقد واحد، ولم يكونوا متضامنيـن فيما بينهم يقسم الدين عليهم، فلا يجوز للدائن ان يطلب كلا منهم بكل الدين، وانما مطالبتـه لهم تكون بقدر حصصهم.

وقد نصت المادة 664 م.ج على ان (اذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحـد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن ان يطالـب كل كفيل الا بقدر نصيبـه في الكفالة.

اما اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فان كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله، الا اذا كان قد احتفظ لنفسـه بحق التقسيم.

1ـ د. عبد الرزاق السنهوري ـ المرجع السابق ص 181
د. منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص 93
د. محمد على امام ـ المرجع السابق ص110
د. نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص 321
د. جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص123
عكس ذلك
د. سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص 80 ـ 81
د. رمضان ابو السعود ـ المرجع السابق ص168
. انور طلبة ـ التعليق على نصوص القانون المدني ط 1983 ص 259.

وهذا النص يطابق نص المادة 792 مصري ، حيث ان التقسيم يقع بقوة القانون فهو حق للكفيل ، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها . اما بالنسبة للقانون الفرنسي، فان الاصل هو عدم التقسيم ، كما يظهر ذلك من المادتين 2025 و 2026.

المطلب الاول : شروط الدفع بالتقسيم

حتى يستطيع الكفيل ان يتمسك بالدفع بالتقسيم ، يجب توافر شروط معينة وهي :

أ — ان يتعدد الكفلاء :

حيث انه ، لا يتصور التقسيم ، اذا كان هناك كفيل واحد للمدين ، لان الدين لا ينقسم بين الكفيل والمدين ، وانما بين الكفلاء ، ويرى البعض (1) ان التقسيم يثبت للكفيل متى تعدد الكفلاء ، حتى ولو كان من بينهم كفيل عيني ، فالكفيل العيني شأنه شأن الكفيل الشخصي ، بينما يذهب البعض الاخر (2) عكس ذلك ، بقوله ان الكفيل العيني لا يستفيد من تقسيم الدين ، فالكفالة العينية ، وهي عقد رهن تفيد ان الراهن اي الكفيل العيني قد حدد مسؤوليته عن الدين بقيمة المال الذي رهنه .

ب — ان يتعدد الكفلاء لدين واحد

ويترتب على ذلك ، انه لا يجوز لكفيل الكفيل ان يطلب تقسيم الدين بينه وبين الكفيل ، لان الكفيل يضمن التزام المدين ، وكفيل الكفيل يضمن التزام الكفيل ، فالدينان مختلفان ، وليس دينا واحد .

---

1 — د . سليمان مرقس — المرجع السابق ص 111
د . عبد الرزاق السنهوري — المرجع السابق ص 95
د . سمير عبد السيد تناغو — المرجع السابق ص 84
2 — د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص 61
د . محمد علي امام — المرجع السابق ص 114 .

ح — ان يكفل الكفلاء مدينا واحدا :

فاذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم ، وقدم كل منهم كفيلا ، يكون كل كفيل من هؤلاء ، قد كفل مدينا واحدا ، ولكن لم يكفل نفس المدين ، فيكون كل منهم مسؤولا عن كل الدين ، ولا يحق له ان يطلب التقسيم ، اما اذا كفل كل كفيل كل المدينيـــن جميعا ، فينقسم الدين بينهم ، وذلك ، لوحدة المدينيـــن المكفولين .

د — ان يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد :

فتعدد الكفلاء ، والتزامهم بعقد واحد ، يستنتج منه ان كل كفيل قد اعتمد في ابرام كفالته ، على وجود كفلاء آخرين بجانبه ، وان كلا منهم قد قصد الالتـــزام بضمان حقه من الدين فقط .

امـا التزام الكفلاء بعقود متواليـة ، فلا ينقسم الدين بينهم ، بقوة القانون ، ولكن يحق لاي منهم ان يشترط التقسيم ، طبقا للمادة 964 فقرة 2 م . ج

هـ — الا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم :

ذلك ، ان مقتضى التضامن ، يؤدي الى ان للدائن الحق في ان يطالب ايا مـن الكفلاء بكل الدين ، اما اذا كان الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم ، وكان احدهـــم متضامنا مع المدين ، أيجوز له ان يدفع بالتقسيم مع المدين .

اختلفت الاراء الفقهية في الاجابة على ذلك ، فجانب من الفقه [1] يـذهب

---

1 — عبد الرزاق السنهوري — المرجع السابق ص 95

د . سليمان مرقس — المرجع السابق ص 111

د . نبيل ابراهيم سعد المرجع السابق ص 325

د . سمير عبد السيد تناغو — المرجع السابق ص 84

الى انــه لايجوز للكفيل المتضامن مع المدين ان يدفــع بالتقسيم ، لان مــقتضى التضامن مع المدين ، ان الكفيل قد وضع نفسه في مركز واحد مع المديــن

بينما يذهب فريق اخر[1] الى ان تضامن الكفيل مع المدين لايحرمه من حـق التقسيم اذ يستخلص من وجود التضامن مع المدين ، ان الكفيل قد رضي بالمسؤولية عن الدين كله ، دون اعتبار لوجود الكفلاء الآخرين ، والمشرع الجزائري كالمشرع المصري لم يقدم حلا لهذه المسألة .

المطلــب الثاني: آثــار التقسيــم

اذا توافــرت الشروط السابقة الذكر ، فانه ينشأ الحق في التقسيم ، ولذلك ، لايحق للدائــن ان يطالب ، كل كفيل بكل الدين ، بل يحق عليه ان يقوم بتقسيم الدين على عدد الكفلاء ويطالب كلا منهم بقدر نصيبه في الدين ، اذا ما كانت الانصبة محددة في الكفالة ، اما اذا كانت غير ذلك ، فالحصص تكون متساوية ، ولا يسأل كل كفيل الا [illegible] حصته . كما يترتب على حق التقسيم ، اذا كان هناك كفيلان يضمنان دينا واحدا وبعقد واحد ، وغير متضامنين في بينهما ، وافلس احدهما بعد الكفالة ، فلا يحق للدائن ان يطالب الكفيل غير المفلس بكل الدين ، وانما الدائن هو الذي يتحمل نصيب الآخر المفلس .

الا انــه من الناحية العملية ، كي يتفادي الكفيل افلاس احد الكفلاء ، فيطالب دائمــا التضامن فيما بينهم .

---

1 ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص 61
د . محمد على امام ـ المرجع السابق ص114

المطلب الثالث : التزامات الدائن عند استيفائه الدين من الكفيل :

اذا رجع الدائن على الكفيل ، للوفاء بالدين ، فان الدائن يلتزم بان يسلم للكفيل المستندات اللازمة ، وقت وفاء الدين ، ليمكنه من الرجوع على المدين ، كما يلتزم ايضا بنقل التأمينات الضامنة للدين الى الكفيل .

وقد نص المشرع في المادة 659 مدني جزائري على ذلك :

أولا : يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع .

فحق الرجوع مقرر بنص المادة 672 / 1 ، وذلك سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين او بغير علمه ، والكفيل لا يفي بالدين متبرعا في اغلب الاحيان ، بل عمليا ، فانه يقوم بالوفاء كي يرجع على المدين بما وفاه ، او على بقية الكفلاء ، ان كان متضامنا معهم ، وقام هو بوفاء الدين .

ومن ثم ، فالدائن وقت استيفائه الدين ، يلزم بتسليم سند الدين الى الكفيل لان السند يعد دليلا لوفاء الدين ، ليقوم الكفيل بتقديمه للمدين عند رجوعه عليه " اما في حالة امتناع الدائن عن تسليم الكفيل هذه المستندات جاز للكفيل ان يمتنع عن الوفاء ، ولا يعتبر بذلك مخلا بالتزامه ، ويستطيع الكفيل ان يودع مبلغ الدين خزانة المحكمة حتى تبرأ ذمته [1] .

ثانيا : التزام الدائن بنقل التأمينات الضامنة للدين الى الكفيل

تنص المادة 659 / 3 م.ج انه (اذا كان الدين مضمون بتأمين عقاري فان الدائن يلتزم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على ان يرجع بها على المدين) .

---

1 — د . نبيل ابراهيم سعد — المرجع السابق ص326.

وقد ورد قبل ذلك في الفقرة الثانية (اذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون او محبوس وجب على الدائن ان يتخلى منه الكفيل .

فالكفيل عند رجوعه على المدين ، يمكن ان يستعمل الدعوى الشخصية ، أو دعوى الحلول ، وعند استعماله لهذه الاخيرة ، فانه يحل محل الدائن في نفس الحقوق، وبذلك يجب على الدائن ان يتخلص عن المنقول المرهون او المحبوس الذي كان ضامنا للدين كما انه يقوم بالاجراءات اللازمة لعملية نقل التأمين العقاري الى الكفيل ، كتسليم الرهن مثلا ، او التأشير على هامش القيد ، والكفيل هو الذي يتحمل مصروفات عملية النقل ، وله ان يرجع بها على المدين .

الفصل الثاني : علاقة الكفيل بالمدين:

اذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن ، كان له الرجوع على المدين بما وفاه، مما دام انه لم يقصد التبرع بكفالته، وقد نص المشرع على قواعد الرجوع - كما رأينا ويسر للكفيل الحصول على المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع ، وذلك بالزام الدائن بتقديمها له وقت الوفاء ، وقد يكون الكفيل قد ضمن مدينا واحدا ، او مدينين متعددين ، فيكون له حق الرجوع بماوفاه.

المبحث الاول : حالة ما اذا كان المدين واحد :

المطلب الاول : الدعاوي التي يرجع بها الكفيل على المدين

ان الكفيل اذا قام بوفاء الدين للدائن ، يكون قد وفى دين غيره، وطبقا للقواعد العامة في الوفاء كما نصت على ذلك المادة 259 م.ج انه (اذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر مادفع .

غير انه يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير ارادته، منع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلا او بعضا اذا اثبت ان له اية مصلحة في الاعتراض على الوفاء) .

كما ان المادة 261 م.ج نصت على ان (اذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الاحوال الآتية :

ـ اذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين، او ملزما بوفائه عنه . فهذان النصان يبينان حق رجوع الموفي على المدين ، سواء بالدعوى الشخصية ، وذلك اذا لم يكن الموفي ملزما بالوفاء ، وهي المنصوص عنها في المادة 259 م.ج ، او يحل حلولا قانونيا محل الدائن ، اذا كان ملزما بالوفاء ، وقام به، وهي الحالة التى وردت في نص المادة 261 م.ج .

وقد نظم المشرع الجزائري في موضوع الكفالة ، دعاوي ، يرجع بها الكفيل على المدين ، الدعوى الشخصية ، وقد نص عليها في المادة 672 م.ج . وهي جاءت تطبيقا لما ورد في القواعد العامة ، ودعوى الحلول . وقد نص عليها في المادة 671 م.ج .

الفرع الاول : الدعوى الشخصية :

نصت المادة 672 / 1 م.ج على انه : (يكون للكفيل الذى وفى الدين ان يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه او بغير علمه) . وهذا النص يطابق نص المادة 800 م. ، فيتبين من ذلك ان الكفيل الذي يمكن الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ، هو الذي عقد الكفالة بعلم المدين او بغير علمه . اما في حالة ما اذا عقدت الكفالة رغم معارضة المدين . فالكفيل لا يستفيد من الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية اعتمادا على هذه المادة كما ان المشرع لو اراد ذلك لنص عليه صراحة مثلما فصل في المادة 647 م.ج وعلى ذلك فالكفيل الذي يعقد الكفالة رغم معارضة المدين ، يمكن ان يرجع بدعوى الحلول دون الدعوى الشخصية .

اولا : شروط الرجوع بالدعوى الشخصية

حتى يتمكن الكفيل من استعمال هذه الدعوى، والرجوع بها على المدين، لا بد من توافر شروطها . وهي :

1- ان يكون الكفيل قد وفى الدين :

فقد ورد هذا النص في صدر المادة 672 م.ج صراحة، اذ جاء فيها (يكون للكفيل الذي وفى الدين ان يرجع على المدين) وليس المقصود بذلك، الوفاء بمعناه القانوني فقط، وانما كل ما يقوم مقام الوفاء، ينجم عنه براءة ذمة المدين كالمقاصة والتجريد (1) مثلا .

ويستوى الامر، طبقا للرأي الراجح فقها (2) ان يكون الوفاء كليا أو جزئيا فحتى اذا وفى الكفيل بعض الدين فقط، يحق له ان يرجع مع المدين بالدعوى الشخصية، كما انه اذا رجع الكفيل بما وفاه، ورجع الدائن في نفس الوقت على المدين ببقية حقه، فانهما يتساويان في المراكز، ويتزاحمان في استيفاء حقهما، فليس هناك تفضيل لاحدهما عن الاخر، لان كل منهما يعود بالدعوى الشخصية .

بينما يرى رأي آخر (3) انه يجب ان تكون الكفالة ذاتها جزئية، اما اذا كانت مطلقة، فلا يمكن للكفيل الذي ضمن كل الدين، ولم يف الا لجزئه فقط، ان يزاحم الدائن .

---

1 - د . سليمان مرقس - المرجع السابق ص121

د . محمد علي امام - المرجع السابق ص137

د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص98

2 - نفس المرجع السابق

3 - د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص114.

2 — ان تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته.

فهذا الشرط لم يأت صريحا في نص المادة 672 م.ج التي قضت بأنه (... سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه او بغير علمه) مع انه يمكن ان يفهم بانه يجوز الرجوع ايضا بالدعوى الشخصية، طبقا لهذه المادة، رغم معارضة المدين، وهي الحالة التي لم ترد في هذا النص، مع ان الكفالة قد تعقد، رغم معارضة المدين كما سبق الا ان المسلم به فقها، ان الكفيل يحرم من الرجوع بالدعوى الشخصية اذا عقدت الكفالة رغم معارضة المدين، اعتمادا على نص المادة السابقة (1)، الا ان البعض يذهب الى ان تفسير النص على انه لايشمل الكفالة التي تتم رغم معارضة المدين هو الذي يتفق مع الحكمة من منح الكفيل الدعوى الخاصة المنصوص عليها فيه، والتي تخول للكفيل الرجوع بأكثر مما تخوله القواعد العامة وهي ان الكفيل بحسب الاصل يؤدي خدمة للمدين، فيستحق لذلك رعاية خاصة (2)

ولذلك يرى بأن الكفيل له ان يرجع على المدين اما بالدعوى الشخصية طبقا للقواعد العامة، او بدعوى الحلول، كما انه يجب ان تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين، اما اذا عقدت لمصلحة الدائن، فلا يجوز له الرجوع بالدعوى الشخصية طبقا لنص المادة 672 م.ج.

3— ان يقوم الكفيل باخطار المدين قبل الوفاء:

وهذا الشرط، قد ورد ضمن المادة 670 م.ج، حيث الزم المشرع الكفيل بان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين، والا سقط حقه في الرجوع على المدين اذا كان هذا الاخير قد سبق وان وفى الدين، او كانت لديه وقت استحقاق الدين اسباب تقضي ببطلان الدين او بانقضائه كما يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بالوفاء سواء كان الوفاء على اثر مطالبة الدائن او اراد القيام بذلك من تلقاء نفسه.

---

1 — د. سليمان مرقس — المرجع السابق ص120
د. منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص97
د. محمد على امام — المرجع السابق ص130

2 — د. منصور مصطفى منصور — د. سليمان مرقس — المرجع السابق.

فاذا قام الكفيل باخطار المدين ، قبل الوفاء بالدين ، وفي الوقت المناسب ، فيجب على المدين ان يعترض على هذا الوفاء ، ان كانت لديه اسباب للاعتراض . واذا لم يعارض المدين في الوقت الملائم ، وقام الكفيل بالوفاء ، يمكنه الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ، مادام انه لم يكن مقصرا في اخطار المدين ، حتى ولو كانت هناك اسباب لدى المدين ، يمكن ان تؤثر في وجود الدين اوفي صحته ، اذ يتحمل المدين نتيجة تقصيره المتمثل في عدم المعارضة .

اما اذا عارض المدين هذا الوفاء ، واخطار الكفيل في الوقت المناسب ، وجب على الكفيل في هذه الحالة ان يمتنع عن الوفاء ، وقد يكون الدائن قد باشر اجراءاته ضد الكفيل ، فعلى هذا الاخير ان يدخل المدين في هذه الدعوى لابداء اسباب اعتراضه على الوفاء .

" ولكن يجوز للكفيل اذا اقتنع بعدم جدية اعتراض المدين ، ان يفي بالدين ولكنه يعرض نفسه في هذه الحالة لخطر سقوط حقه في الرجوع على المدين ، اذا اتضح أن الاسباب التي اعترض بها هذا الاخير تؤدي الى براءة ذمته من الدين كله او بعضه " [1] ولكنه يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع بدون وجه حق [2] .

اما اذا لم يقم الكفيل بواجب الاخطار ، قبل الوفاء ، يكون مقصرا ، وتبرأ بالتالي ذمة المدين بقدر مالحقه من ضرر نتيجة هذا التقصير .

فاذا كان المدين قد وفى الدين كله ، فيسقط حق الكفيل في الرجوع عليه ، وان اتضح بان المدين قد وفى جزءا من الدين فقط ، سقط حق الكفيل في الرجوع عليه بقدر هذا الجزء ، كما يسقط حق الكفيل في الرجوع على المدين .

1ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص 100

2 ـ د . رمضان ابو السعود ـ المرجع السابق ص178 .

اذا كانت لدى المدين اسباب لابراء ذمته، سواء ببطلان العقد، او بانقضاء الدين .

واذا لم يقم المدين بوفاء الدين سواء كليا او جزئيا، ولم تكن لديه اسباب لبراءة ذمته، وقام الكفيل بوفاء الدين، رغم عدم الاخطار، فله حق الرجوع بالدعوى الشخصية، وذلك لانتفاء حصول الضرر بالنسبة للمدين " وليس لاخطار الكفيل ولا لاعتراض المدين على الوفاء، شكل خاص، فيجوز ان يكون بورقة رسمية، او بورقة عرفية بكتاب مسجل، كما يجوز ان يكون شفويا، ويقع عبء اثبات الاخطار على الكفيل، واثبات الاعتراض على المدين وفقا للمبادئ العامة في الاثبات [1] .

4 — حلول اجل الدين :

فاذا وفى الكفيل الدين، قبل حلول اجله، فلا يجوز له ان يرجع على المدين الا عند حلول الاجل " لان الاجل من حق المدين وليس للكفيل ان يحرمه منه بوفاء الدين قبل حلوله " [2]، كما انه ليس للكفيل ان يجيز المدين على الوفاء قبل حلول الاجل [2] .

والاجل المطلوب، هو الاجل الاصلي، ولذلك، لا يلتزم الكفيل بالاجل الممنوح من الدائن للمدين، او الاجل الذي تعينه المحكمة بعد حلول الاجل الاصلي، ومن ثم، فللكفيل ان يفي بالدين، وله ان يرجع على المدين قبل حلول الاجل الجديد.

اما اذا نزل المدين عن الاجل، فان الكفيل يستفيد من هذا النزول، فيجوز له ان يرجع على المدين بمجرد وفاء الدين، حتى ولو قام بوفاء الدين قبل حلول الاجل الاصلي .

---

1 — السنهوري — المرجع السابق ص170
د . محمود جمال الدين زكي — المرجع السابق ص131

2 — د . سليمان مرقس — المرجع السابق ص124

3— د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص100 .

ثانيا : موضوع الدعوى الشخصية

ان الفقرة الثانية من المادة 672 م.ج تحدد موضوع الدعوى الشخصية بقولها " ويرجع الكفيل، باصل الدين والمصروفات، غير انه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل الا بالذي دفعه من وقت اخبار المدين الاصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده " .

فيتبين من هذا النص ان الكفيل يرجع على المدين بما يلي :

اولا : بأصل الدين : والمقصود بأصل الدين، كل المبالغ، التي دفعها الكفيل للدائن لابراء ذمة المدين، وكذلك المصروفات التي انفقها الدائن في رجوعه على المدين، وقام الكفيل بدفعها .

ثانيا : بالمصروفات : وهي المصروفات التي انفقها الدائن، لاجل الوفاء بالتزامه من وقت اخبار المدين بالاجراءات التي اتخذت ضده، ويدخل ضمن المصروفات، المبالغ التي انفقها الكفيل في ارشاد الدائن الى اموال المدين عند التجريد، " وكذلك مصروفات الدعاوى التي رفعها عليه الدائن"[1] .

اما اذا لم يقم الكفيل باخبار المدين بالاجراءات المتخذة ضده، يكون مقصرا ويتحمل وحده تلك المصاريف التي انفقت منه، او من الدائن، وذلك من الوقت الذي كان يجب فيه اخطار الدائن .

1- د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 101

2- د . جمال الدين زكي - المرجع السابق ص 132 .

فلا يستثنى من ذلك ، الا مصروفات المطالبة الاولى ، اي مصاريف رفع الدعوى أو التنبيه بالوفاء على الكفيل ، حيث ان الكفيل لا يعلم بها الا بعد حصولها وبالتالي لا يمكن الاخطار ، بها قبل ذلك ، ولذلك ، يستطيع الكفيل الرجوع بها على المدين ، ولو لم يخطر بها" (1) .

الفرع الثاني : دعوى الحلول :

للكفيل الذي وفى الدين ، ان يحل محل الدائن ، وذلك ، وفقا للقواعد العامة ، واضافة لها ، فقد طبق المشرع هذه القواعد العامة ، بنص خاص اورده ، في المادة 671 م.ج التي جاء فيها مايلي : (اذا وفى الكفيل الدين ، كان له ان يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين ، ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد ان يستوفى الدائن كل حقه من المدين) .

يتضح من هذا ان اساس دعوى الحلول التي يستعملها الكفيل ضد المدين هي القواعد العامة ، في الوفاء مع الحلول ، وما نص المادة 671 م.ج سوى تطبيق تلك القواعد ، وعلى ذلك ، فدعوى الحلول تثبت للكفيل سواء كانت الكفالة ، عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ، او رغم معارضته . و" سواء اكان الكفيل متضامنا ، او غير متضامن ، شخصيا او عينيا ، حصل على مقابل ام لم يحصل ، اذ ، لا أهمية للرابطة التي تربط الكفيل بالمدين " (2) .

---

1 ـ د . السنهوري ـ المرجع السابق ص 175
د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص336
د . محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص
2 ـ د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق 104
د . محمد على امام ـ المرجع السابق ص145
د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص 338
د . ابراهيم ابو السعود ـ المرجع السابق ص183 .

اولا : شروط دعوى الحلول :

1ـ لكي يحل الكفيل محل الدائـن ، في جميع حقوقه قبل المدين ، ان يكون قد وفى الدين ، وذلك ، طبقا للمادتين 261 و 671 م.ج أو " بما يقوم مقامه كالتجديد او المقاصة " (1) .

وعلى خلاف ، الدعوى الشخصية ، لا يجوز للكفيل ان يرجع على المدين ، بدعوى الحلول الا اذا كان الدائن ، قد استوفى كل حقه من الدين ، وقد نصت المادة 671 م.ج على انه : (... ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه الا بعد ان يستوفى الدائن كل حقه من المدين) .

فالكفيل اذن ، لا يجوز له ان يحل محل الدائن اذا وفى بجزء من الدين ، حتى ولو كان الجزء الذي قام بوفائه هو الذي كفله فقط ، وذلك ان من قواعد الوفاء مع الحلول ، الا يضار الدائن ، بحلول الموفى محله ، فقد نصت المادة 265 / 1 م.ج على انه (اذا وفى الغير الدائن ، جزء من حقه ، وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفـاء ، ويكون في استيفاء ما تبقى له من حق مقدما على من وفاه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) .

وهذا ماقررته المادة 671 م.ج حيث ان الكفيل اذا وفى جزءا من الدين للدائن فلا يمكنه ان يحل محله قبل المدين ، لان في ذلك ضرر للدائن ، يتمثل في مزاحمة الكفيل له ، في رجوعه بالباقي من دينه على المدين .

اما اذا وفى الكفيل جزءا من الدين ، واستوفى الدائن الجزء الباقي من شخص اخر غير المدين ، كان لهذا الشخص ، ان يحل محل الدائن بدعوى الحلول ، في رجوعه على المدين ، طبقا للفقرة الثانية من المادة 265 / 2 السابقة .

1ـ د . محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص136 .

فيتساوي الكفيل مع من حل محل الدائن ، ويتقاسما قسمة الوفاء .

الا ان الحكم الذي تقرره هذه المواد مقرر لمصلحة الدائن ، ولا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على خلافه ، بان يرجع الكفيل بدعوى الحلول ، حتى ولو لم يكن الدائن قد استوفى كل حقه ، وذلك ، يظهر ، من آخر الفقرة الاولى للمادة السابقة حيث جاءت فيها عبارة (مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك).

2- ان يتم الوفاء عن حلول الاجل :

اي يجب ان يحل اجل الدين ، حتى يتمكن الكفيل من الرجوع ، على المدين بدعوى الحلول ، اما اذا قام بوفاء الدين ، قبل حلول اجله ، وبغير رضاء الدائن فانه يتعرض في هذه الحالة ، الى فقط حقه ، في استعماله لهذه الدعوى ، " اذ قد يطرا سبب " نقضاء الدين بين وفاء الكفيل للدين ، وبين حلول الاجل ، وكان تكون لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من المدين [1] .

<u>ثانيا</u> : موضوع دعوى الحلول :

نصت المادة 264 م ج ، على انه ، (من حل محل الدائن قانونا او اتفاقا كان له حق ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ومايرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول ، بالقدر الذي اداه من ماله ، من حل محل الدائن) .

وقد نصت المادة 671 ، الخاصة بالكفالة ، تطبيقا للمبدأ العام ، السابق ، حيث جاء فيها ، مايلي : (اذا وفى الكفيل الدين كان له ان يحل محل الدائن في جميع ماله ، من حقوق قبل المدين) .

1- د . ابراهيم ابو السعود - المرجع السابق ص186
د . السنهوري - المرجع السابق ص184
د . جمال الدين زكي - المرجع السابق ص136 .

فيستنتج من هذه النصوص ، ما يمكن ان يرجع به الكفيل ، والمتمثل في الآتي :

1- ان الكفيل يرجع على المدين بحق الدائن نفسه ، ولذلك اذا كان المدين قد وفى الدين بنفسه ، اوكان الدين قد انقضى ، فلا يمكن للكفيل الذي وفى الدين ان يرجع بدعوى الحلول ، الا انه يكنه استعمال الدعوى الشخصية ، اذا كان قد اخطر المدين ، قبل ان يقوم بالوفاء ، ولم يعارض المدين عن الوفاء في الوقت الملائم طبقا للمادة 670 م ج .

2- ان يحل الكفيل محل الدائن في حقه ، بما لهذا الحق من خصائص .

فاذا كان حق الدائن تجاريا ، فيستفيد الكفيل ، بهذه الصفة عند رجوعه ، خاصة ، في تحديد الاختصاص القضائي ، والاثبات . اما في حالة رجوعه بالدعوى الشخصية ، " فهو يرجع دائما بدين مدنى " (1) .

كذلك ، اذا كان دين الدائن يسقط ، بالتقادم بمدة خاصة ، تبقى للدين هذه المدة فتحسب من وقت الاستحقاق ، فيدخل ضمنها مدة تأخر الدائن عن المطالبة .

اما اذا رجع بالدعوى الشخصية ، فان مدة تقادمها تسري ابتداء من يوم الوفاء .

واذا كان هذا الحق ثابتا في سند تنفيذي ، كأن يكون لدى الدائن عقد رسمي او حكم ، " استطاع الدائن ان يستعمل هذا السند التنفيذي ضد المدين ، حتى ولو لم يكن لديه هو شخصيا ، سند تنفيذي ضده (2) " فينفذ به دون حاجة لمقاضاة المدين" (3) ، وقد يكون الدائن قد قطع شوطا كبيرا ، في اجراءاته ضد المدين ، فالكفيل لا يحتاج الى تجديد هذه الاجراءات ، بل يسير فيها من حيث وجدها (4)

1- د . ابراهيم ابو السعود - المرجع السابق ص 185

2- د . محمد على امام - المرجع السابق - ص 147

3- د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 106

4- د . السنهوري - المرجع السابق ص 186 .

3- ويحل الكفيل محل الدائن بما يلحقه من توابع :

فيعد من توابع الحق ، الحق في الحبس، اذا كان الدائن قد باشرة ، على العين المحبوسة فالكفيل له حق حبسها حتى يستوفي دينه من المدين ، " واذا كان الدين مقترنا بشرط جزائي ، يستفيد منه الكفيل ، كما يستفيد منه الدائن" (1) .

كما يعتبر من التوابع ، دعوى الفسخ ، " فلو ضمن الكفيل المشتري في دفع الثمن ثم دفع الكفيل الثمن الى البائع ، وفاء دين المشتري ، انتقل الى الكفيل حق البائع بما يتبعه من دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن " (2) .

كما يجوز للدائن ان يطعن في تصرفات المدين بالدعوى الصورية ، يجوز للكفيل ان يطعن في تصرفات المدين بهذه الدعوى ايضا .

4- للكفيل ان يحل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات :

فاذا كان حق الدائن مضمونا ، بتأمينات عينية ، كرهن رسمي اورهن حيازي ، وارد على عقار اوعلى منقول ، او حق اختصاص اوحق امتياز وارد على عقار او على منقول ، او مضمون بتأمينات شخصية ككفالة ، او التضامن ، بقيت هذه التأمينات للموفى (3) وسواء وجدت قبل عقد الكفالة اومعه أو بعده ، (4) وكانت مقدمة من المدين ذاته ،

---

1 - د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص107

2- د . السنهوري - المرجع السابق -ص186

3 - د . محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - ط 3 1978 ص951

التأمينات الشخصية والعينية -ص135

4 - د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص107

د . ابراهيم ابو السعود - المرجع السابق ص187 .

اوفي شخص آخر [1] ويستوي ان يكون مصدر هذه التأمينات الاتفاق او القضاء او القانون [2] .

5 — للكفيل ان يحل محل الدائن في حقه بما يرد عليه من دفوع :

فالمدين يستطيع ان يتمسك بكل الدفوع التي كانت له قبل الدائن ، في مواجهة الكفيل ، فاذا كان مصدر حق الدائن ، باطلا او قابلا للابطال ، يكون للمدين ان يتمسك بذلك ، قبل الكفيل ، الذي حل محل الدائن ، او كان حق الدائن قد انقضى لسبب من اسباب الانقضاء ، " الا اذا كان الدفع متصلا بشخص الدائن ، كالدفع بالقصر مثلا [3]

المبحث الثاني : رجوع الكفيل على المدينين المتعددين :

قد يتعدد المدينون في نفس الدين المكفول ، فاما ان يكون الكفيل قد كفلهم جميعا ، واما ان يكون قد كفل البعض منهم فقط ، وقد يكون هؤلاء المدينون متضامنون وقد يكونوا غير متضامنين ، وسنتطرق الى هذه الفروض في المطالب التالية :

المطلب الاول : تعدد المدينين مع عدم تضامنهم :

اذا تعدد المدينون في الدين الواحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، وقام الكفيل بكفالتهم جميعا ، فانه يرجع على كل منهم بقدر نصيبه في الدين فقط ، فيعد الكفيل في هذه الحالة ، وكأنه كفل عدة ديون متفرقة ، ويرجع على كل منهم ، سواء بالدعوى الشخصية ، او بدعوى الحلول .

---

1 — د . محمد على امام — المرجع السابق ص 149

2 — د . نبيل ابراهيم سعد — المرجع السابق ص 341

3 — د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص 108 .

د . ابراهيم ابو السعود — المرجع السابق ص 187 .

اما اذا كفل بعض المدينين فقط ، فله ان يرجع على من كفلهم بقدر نصيبه في الدين ، كما سبق أن راينا بالدعويين . اما بالنسبة للذين لم يكفلهم ، فلا يمكن الرجوع عليهم ، بالدعاوى السابقة ، وانما اذا قام بوفاء ديونهم ، فله ان يرجع عليهم الا بدعوى الاثراء بلا سبب ، طبقا للقواعد العامة " (1) .

المطلب الثاني : تعدد المدينين وتضامنهم :

وهذه هي الحالة التي نصت عليها المادة 678 م.ج حيث جاء فيها :

(اذا تعدد المدينون في دين واحد ، وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذي ضمنهم جميعا ، ان يرجع على اي منهم بجميع ما وفاه من الدين) .

فالكفيل اذا ضمن مدينين متعددين ، وكانوا متضامنين في بينهم ، فله ان يرجع على اي منهم بكل ما وفاه ، من دين للدائن ، اما بدعوى شخصية او بدعوى الحلول لانه قد كفا كلا منهم في جميع الدين (2) .

اما اذا ضمن الكفيل بعض المدينين المتضامنين ، دون البعض الاخر وهي حالة لم يتعرض لها المشرع . فللكفيل الذي قام بوفاء الدين للدائن ، يثبت له حق الرجوع على اي من المدينيين الذي كفلهم بكل ما وفاه بالدعويين . اما بالنسبة للذين لم يكفلهم ، وقام بوفاء ديونهم ، فيرجع على كل منهم بالدعوى غير المباشرة (3) او بدعوى الاثراء بلا سبب ، وهو يرجع عليهم في حصة المدين الذي يرجع عليه ،

---

1 ـ د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص 141

د . منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص 109

د . ابراهيم ابو السعود ـ المرجع السابق ص 189

د . نبيل ابراهيم سعد المرجع السابق ص 344

2 ـ د . محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص 138

3 ـ د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص 125

د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص 110 .

ونصيب هذا الاخير في حصة من يعسر من المدينين المتضامنين :

والمتفق عليه فقها ان الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين الذي لم يكفله بالدعوى الشخصية طبقا للمادة 672 م.ج لان هذه الدعوى خاصة بالعلاقة بين الكفيل والمدين الذي كفله فقط .

— هل يحق الكفيل ان يرجع على مدين لم يكفله بدعوى الحلول .

ثار خلاف فقهي في هذا الصدد ، بحيث ان محكمة النقض الفرنسية ، قديما ، كانت ترى بان الكفيل لا يجوز له الرجوع على مدين لم يكفله الا بقدر حصته ، وقد ايد ذلك بعض الفقه المصري [(1)] .

الا ان القضاء الفرنسي الحديث ، رأى غير ذلك ، واصبح يرى بأن الكفيل الذي قام بوفاء الدين ، له جميع الحقوق التي للدائن ، فله ان يحل محله حتى بالنسبة للمدينيين الذين لم يكفلهم . [(2)] ويؤيده في ذلك ، اغلبية الفقهاء في مصر .

<u>الفصل الثاني : علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء</u>

سبق ان رأينا ، انه اذا ضمن المدين اكثر من كفيل ، بعقد واحد ، ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم ، يقسم الدين بينهم بقوة القانون . فلا يلتزم كل منهم الا بقدر نصيبه في الدين .

---

1 ــ د . محمد كمال مرسي ــ المرجع السابق ص 90

2 ــ د . منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص 112

د . محمود جمال الدين زكي ــ المرجع السابق ص 139

د . السنهوري ــ المرجع السابق ص 198

د . ابراهيم ابو السعود ــ المرجع السابق ص 192

د . سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 126 .

قابريال ورابنو ــ المرجع السابق ج 3 ص 348 .

بلانيول وربير ــ المرجع السابق ص 994 .

اما اذا التزم الكفلاء بعقود متوالية ، اوكان الكفلاء متضامنين ، فان كل منهم يكون ملتزما بكل الدين ، وليس لأي منهم حق المطالبة بالتقسيم ، اذا ما طولب بكل الدين[1] الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم .

وقد رأينا ايضا ، ان الكفيل اذا قام بوفاء الدين ، يكون له حق الرجوع على المدين بما وفاه ، ويكون له حق الرجوع ايضا على غيره من الكفلاء عند تعددهم ، الا انه لا يمكن ان يرجع عليهم بالدعوى الشخصية ، كما هو الحال في رجوعه على المدين ، لان هذه الدعوى مقررة للعلاقة بين الكفيل والمدين فقط ، ولكنه يستطيع ان يرجع عليهم بدعوى الحلول ، او بدعوى الاثراء بلا سبب ، طبقا للقواعد العامة .

ومدى رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء يختلف ، فيما اذا كان الكفلاء متضامنين ام غير متضامنين .

<u>المطلب الاول : حالة تعدد الكفلاء غير المتضامنين :</u>

اذا تعدد الكفلاء الذين كفلوا دينا واحدا ، وبعقد واحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، او بعقود متوالية ، واحتفظ كل منهم بحق التقسيم ، فالدين ينقسم عليهم ، فلا يلتزم اي كفيل ابتداء الا بقدر نصيبه من المدين ، فاذا وفى اي منهم بنصيبه فلا يرجع على الاخرين بشئ ، كما يلتزم الدائن بتقسيم الدين على الكفلاء ، فلا يرجع على اي منهم ، الا بقدر نصيبه في الدين ، وهو الذي يتحمل نصيب المعسر منهم[2] ، وفي هذه الحالة قد اتخذ من وحدة العقد دليلا على ان كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون"[2] .

1- انظر سابقا ص

2- د . محمد على امام - المرجع السابق ص 161

3- د . عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 201 .

اما اذا كان وفى الكفيل بكل الدين ، " كان وفاؤه بما يجاوز نصيبه وفاء غير الملتزم"[1] فله ان يرجع على المدين بالنسبة لنصيبه بالدعوى الشخصية او بدعوى الحلول ، اما بالنسبة لما يجاوز هذا النصيب ، فلا يمكن ان يرجع عليه الا بدعوى الاثراء بلا سبب ، طبقا للقواعد العامة ، كما يرجع بنفس الدعوى على بقية الكفلاء الاخرين ، لانه لا يعد كفيلا للاخرين ، حتى يعود عليهم بالدعوى الشخصية او بدعوى الحلول ، فكل ماله في هذه الحالة ، ان يعود عليهم بدعوى الاثراء بلا سبب ، ويقدر هذا الرجوع بقدر نصيب كل كفيل من الدين ، اذ في هذا القدر يتحدد اثراء كل كفيل منهم والذي يتحمل نصيب الكفيل المعسر هو الكفيل الذي قام بوفاء الدين .

المبحث الثاني : حالة تعدد الكفلاء المتضامنين :

اذا تعدد الكفلاء لدين واحد ، وبعقد واحد ، وكانوا متضامنين فيما بينهم فلا ينقسم الدين عليهم ، وكذلك اذا التزم الكفلاء بعقود متوالية ، ولم يحتفظ اي منهم لنفسه بحق التقسيم ، فيكون كل منهم مسؤولا عن كل الدين ، طبقا للمادة 664 م.ج .

فاذا وفى احد الكفلاء الدين ، فله ان يرجع على اي كفيل آخر ، بدعوى الاثراء بلا سبب ، طبقا للقواعد ، او بدعوى الحلول فاذا رجع بدعوى الاثراء بلا سبب فهو يرجع بأقل القيمتين ، قيمة افتقاره او قيمة ما أثري به من يرجع عليه ، واذا رجع بدعوى الحلول محل الدائن ، لا يرجع بكل الدين ، فهذا يؤدي الى حلقة مفرغة ، لان من يرجع عليه يمكن بدوره الرجوع على كفيل آخر بكل الدين ، وهكذا .. وتفاديا لذلك ، نص المشرع في الاحكام العامة للتضامن ، في المادة 234 على انه (اذا وفى احد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يرجع على اي من الباقين الا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بدعوى الحلول محل الدائن) .

---

1 — د . سليمان مرقس — المرجع السابق ص 145 .

وقد جاء المشرع بنص صريح في موضوع الكفالة ،فنص في المادة 668 م.ج على انه (اذا كان الكفلاء متضامنين ،فيما بينهم ، ووفى احدهم الدين عند حلوله، يجوز له،ان يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم) .

ومن هذا ، يتضح ،ان مقدار ما يرجع به،الكفيل على غيره من الكفلاء ، لا يختلف من دعوى الاثراء بلاسبب الى دعوى الحلول ،فهو يرجع بقدر حصة الكفيل الذي يرجع عليه، وبنصيبه في حصة المعسر من الكفلاء .

المبحث الاول : تطبيق احكام الرجوع على الكفيل العيني

الكفيل العيني ،كالكفيل الشخصي ، يعد كفيلا وليس مدينا أصليا ، وعلى ذلك ، تنطبق عليه احكام الرجوع ، بحيث إذا وفى الدين ، له،ان يرجع على الاخرين ، سواء كانوا كفلاء عينيين ام شخصيين ،كل بقدر حصته في الدين .

كما ان الكفيل الشخصي ان يرجع عليه، بقدر حصته في الدين ،اما بالنسبة لتحديد هذه الحصة يجب النظر الى قيمة المال الذي قدمه الكفيل العيني لضمان الدين ،فاذا كانت القيمة متساوية للدين ،او تزيد عنه، يكون مسؤولا عن الدين كله،اما اذا كانت قيمة المال المقدم تساوي نصف الدين او ثلثه مثلا ، فسيكون مسؤولا عن نصف الدين او ثلثه وهكذا . . . اي انه لا يسأل عن الدين الا بما يعادل قيمة المال الذي رهنه ضمانا للدين .

الباب الرابع : انقضاء الكفالة

قد سبقت الاشارة الى ان عقد الكفالة، عقد تابع للالتزام الاصلي ، فهو يحمل على الوفاء به، ومتصل به وجودا وعدما ، وكل مايؤثر في الالتزام الاصلي يؤثر في التزام الكفيل ، ومن ثم ، فهو ينقضي بانقضاء الالتزام الاصلي بصفة تبعية .

الا انه قد ينقضي التزام الكفيل بصفة اصلية او مستقلة ، عن الالتزام الاصلي لانه متميز بمقوماته الخاصة ، وينبع من عقد مستقل ، وهو عقد الكفالة .

فيخضع في نشوئه وفي انقضائه للقواعد العامة ، فاذا اتضح سبب من اسباب الانقضاء ، فينقضي التزام الكفيل رغم بقاء الالتزام الاصلي قائما .

وهناك أسباب خاصة بالكفالة ، ينقضي بها التزام الكفيل بصفة اصلية ايضا

الفصل الاول : انقضاء الكفالة بصفة تبعية:

ان الالتزام المكفول ينقضي بسبب من اسباب الانقضاء العامة الواردة في القانون المدني، وبانقضاء الالتزام المكفول ينقضي التزام الكفيل تبعا له، لان الفرع يتبع الاصل . وببراءة ذمة المدين الاصلي تبرأ ذمة الكفيل ، وقد نص المشرع في المادة 1/654 م.ج على انه:

(يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله ان يتمسك بجميع الاوجه التى يحتج بها المدين) . وسوف نعرض الى اسباب الانقضاء العامة وهي الوفاء الوفاءبمقابل التجديد المقاصة ، اتحاد الذمة ، الابراء ، استحالة الوفاء ، والتقادم .

المبحث الاول : انقضاء الالتزام الاصلي بالوفاء :

اذا قام المدين الاصلي بوفاء الدين ، ينقضي التزامه، وينقضي تبعا لذلك ، التزام الكفيل ، واذا قام المدين بوفاء جزء من الدين ، تبرأ ذمة الكفيل بقدر هذا

الجزء فقط . الا انه يشترط لبراءة ذمة المدين ، والكفيل تبعا له ، ان يكون الوفاء صحيحا ، طبقا للقواعد العامة ، وقد نصت المادة 260 م.ج على انه (يشترط لصحة الوفاء ، ان يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به ، وان يكون ذا اهلية للتصرف فيه) وبناء على ذلك ، " اذا كان الموفي غير مالك للشيء الذي وفى به ، او كان لا يملك اهلية التصرف فيه ، ولحقه من الوفاء ضرر كان الوفاء غير صحيح" (1) ، وتقرير بطلان الوفاء يستتبع عودة الالتزام الاصلي الى الوجود ، وعودة التزام الكفيل كذلك ، بطريق التبعية. (2)

كما ان العرض الحقيقي من المدين ، اذا تبعه ايداع ، او اي اجراء مماثل وان يقبل الدائن ذلك ، او يصدر حكم بصحته ، يقوم مقام الوفاء بالنسبة للمدين طبقا للمادة 1/274 م.ج . فيترتب على ذلك انقضاء الالتزام الاصلي ، وانقضاء الالتزام الكفيل بطريق تبعي ، الا ان الدين الاصلي قد يعود اذا رجع المدين في عرضه وقبل الدائن هذا الرجوع ، والمشرع هنا ، قرر بان عودة الدين باتفاق بين الدائن والمدين ، لا يجب ان يضر الكفيل الذي كسب حقا في انقضاء التزامه .

فنص في المادة 2/275 م.ج على انه (لا يكون لهذا الدائن ان يتمسك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين) .

ولذلك ، فقبول الدائن رجوع المدين ، يفقده حقه من تأمينات ، ومن بينها الكفالة .

واذا رجع المدين في عرضه قبل ان يقبل الدائن ، او يصدر حكم بصحته ، فيعتبر كأن لم يكن ، فلا تبرأ ذمة المدين ، ولا ذمة الكفيل .

واذا تقدمت الديون في ذمة المدين للدائن ، وكانت من جنس واحد ، ولم يكن ما دفعه الدائن للوفاء بها جميعا ، فيجوز للمدين ان يعين الدين الذي يرغب في الوفاء به ،

1- د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص68

2- د . سليمان مرقس - المرجع السابق ص152 .

مالم يوجد مانع قانوني ، او تعاقدي يحول دون هذا التعيين المادة 279 م.ج .

فاذا قام المدين بتعيين الدين المكفول عند الوفاء ، برئت ذمة الكفيل ، اما اذا عين دينا آخر ، بقي التزام الكفيل قائما .

واذا لم يبين المدين الدين الذي يريد الوفاء به، كان الخصم من حساب الدين الذي حل اجله، او من الدين الاشد كلفه، وذلك اذا حل اجل ديون متعددة المادة 280 م.ج وعلى ذلك اذا تعددت الديون الحالة ، وكان من بينها الدين المكفول كان الخصم منه، لانه يعد اشد كلفة على المدين . " لان المدين اذا وفى الدين لم يقتصر على ابراء ذمته نحو الدائن ، بل هو يبرئ ذمته في الوقت ذاته نحوالكفيل"[1].

اما في حالة ما اذا وفى الغير بالدين للدائن ، فيكون لهذا الدين ان يحل الدائن ، وفقا لقواعد الحلول ، وقد نصت المادة 264 م.ج على انه (من حل محل الدائن قانونا او اتفاقا ، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائصه وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات . . .) ومنها الكفالة . " فلا يترتب على هذا الوفاء انقضاء الدين ، وبالتالي يبقى التزام الكفيل قائما [2] . ونفس الحكم ، ينطبق بالنسبة لحوالة الحق فاذا حول الدائن حقه الى دائن جديد ، بضماناته، ومنها الكفالة ، فيبقى الكفيل ضامنا للوفاء به في مواجهة الدائن الجديد المادة 243 م.ج .

1- السنهوري - المرجع السابق ج 3 ص 770.
2- مازو - المرجع السابق ص50
النسيكلوبدي - دالوز - ج 2 1951.

اما بالنسبة لحوالة الدين ، فالاصل ان التزام الكفيل ينقضي ، لانه يترتب عنها تغيير شخص المدين والكفيل غير ملزم بكفالة شخص لاصله له به ، الا اذا رضي بالحوالة ، وقد نصت المادة 254 / 2 م.ج على ذلك بقولها (غير انه لا يبقى للكفيل عينيا كان او شخصيا ، التزام تجاه الدائن ، الا اذا رضي بالحوالة) .

المبحث الثاني : انقضاء الالتزام الاصلي بما يعادل الوفاء

فالقانون المدني قد تعرض لاربعة اسباب ، لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، وهي الوفاء بمقابل ، التجديد والانابة ، المقاصة ، واتحاد الذمة .

المطلب الاول : الوفاء بمقابل

نص المشرع في المادة 285 م.ج على انه (اذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا ، استعاض به عن الشئ المستحق ، قام هذا مقام الوفاء) .

فاذا قام المدين بنقل ملكية شئ الى الدائن ، مقابل الدين ، وقبل الدائن ذلك ، فانه يترتب عليه براءة ذمة المدين ، وينقضي التزام الكفيل تبعا لذلك ، وطبقا للمادة 286 ، تسري في هذه الحالة احكام البيع ، وخاصة ما يتعلق بأهلية الطرفين وبضمان الاستحقاق ، وبضمان العيوب الخفية ، وما يتعلق بتعيين جهة الدفع ، وانقضاء التأمينات .

والتكييف القانوني للوفاء بمقابل ، وفقا للرأي الراجح في الفقه ، هو عطية مركبة من التجديد والوفاء [1] ، ففي الوقت الذي يقبل فيه الدائن مقابلا ، يستعيض به

---

1 - د . السنهوري - الوسيط ج 10 ص 217
د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 69
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص 103
د . سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 153
د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص 354 .

عن الشيء المستحق ، يكون قد قام بتجديد الدين القديم ، وذلك بتغيير محله ويترتب على التجديد ان ينقضي الدين بتأميناته ومنها الكفالة . وينشأ دين جديد هو الدين الذي يوفى به المدين ، ولا يعود الدين القديم بتأميناته ، حتى ولو استحق المقابل الذي دفعه المدين ، للدائن في هذه الحالة ، لا يملك الا الرجوع على المدين بضمان الاستحقاق ، او بضمان العيوب الخفية ، اذا وجد عيب في الشيء الذي نقل مقابل الدين .

وتبرأ ذمة الكفيل بمجرد الوفاء بمقابل ، حتى ولو استحق هذا الشيء ، حيث نصت المادة 655 م.ج على انه (اذا قبل الدائن شيئا اخر في مقابل الدين ، برئت بذلك ، ذمة الكفيل ، ولو استحق هذا الشيء) . وغالبا ان المدين هو الذي يقدم شيئا مملوكا له في مقابل الدين ، " اما اذا كان الكفيل هو الذي قدم المقابل ، واستحق هذا المقابل ، لا تبرأ ذمة الكفيل ، بل للدائن ان يرجع عليه بضمان الاستحقاق وفقا للقواعد العامة [(1)] .

وطبقا لنص المادة 665 ، فان التزام الكفيل ينقضي في حالة استحقاق الشيء المقدم مقابل الدين ، ولذلك فالكفيل ، هو المستفيد وحده من هذا النص الا انه " اذا لجأ الدائن الى فسخ الوفاء بمقابل ، وتحقق له ذلك ، يعود الدين القديم بتأميناته ، بما في ذلك الكفالة [(2)] والنص السابق لا يفصل بالنظام العام ، ومن ثم ، يجوز للكفيل ان يتنازل عن التمسك به" [(3)] .

---

1 _ السنهوري _ المرجع السابق ص 28

د . رمضان ابو السعود _ المرجع السابق ص 132

2 _ د . منصور مصطفى منصور _ المرجع السابق ص70

د . سليمان مرقس ص 154

3_ د . محمد على امام _ المرجع السابق ص174 .

المطلب الثاني : التجديد والانابــة:

فالتجديد يفترض التزاما ينقضي ، والتزاما ينشأ مكانه ، واختلافا بين هذين الالتزامين حيث يكون بتغيير شخص المدين ، او شخص الدائن ، او محل الدين م 287 . ويترتب على التجديد كما نصت على ذلك المادة 291 م.ج انقضاء الالتزام الاصلي بتوابعه، وانشاء التزام جديد مكانه . ولا تنتقل التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الاصلي، الا بنص في القانون ، او الا اذا تبين من الاتفاق ، او من الظروف ان نية المتعاقدين انصرفت الى غير ذلك) .

ويتبين من هذا النص، ان الاصل هو انقضاء الدين القديم ، وجميع توابعه، وتنقضي الكفالة تبعا لذلك ، ومع هذا ، فالمشرع ، قد اشترط في انتقال الكفالة الى الالتزام الجديد رضاء الكفيل بذلك ، فقد نص في المادة 293 م.ج على انه (لا تنتقل الكفالــة العينية ، او الشخصية ، ولا التضامن الى الالتزام الجديد الا اذا رضى بذلك ، الكفلاء والمعنيون المتضامنون) .

ويجب كي يرتب التجديد آثاره، ومنها انقضاء الكفالة ، ان يكــون الالتزامان القديم والجديد ، قد خلا كل منهما من اسباب البطلان م 288 م.ج كما يجب ان تكون نية التجديد واضحة ، حيث ان التجديد لا يفترض، بل يجب الاتفاق عليه صراحة ، او استخلاصه بوضوح من الظروف المادة 289 م.ج فلا ينتج التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلـك ، ولو مما يحدث في الالتزام من تغييرات لا تتناول الا زمان الوفاء أو مكانه ، او كيفية الـوفاء بــه ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديلات لا تتناول الا التأمينات ، مالم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك م 89 2/2 .

والانابة ان كانت كاملة تتضمن تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، فيترتب عليها انعقاد التزام الكفيل ، الا اذا رضي بكفالة المدين الجديد . ومن ثم " تعتبـر صورة من التجديد ينقضي بها الالتزام الاصلي ، وكذلك الكفالة بطريق التبعيــة "(1) .

---

1 ــ د . محمد على امام ــ المرجع السابق ص177.

اما اذا كانت قاصرة وهي التي لايترتب عليها براءة ذمة المنيب ، بل يقوم التزام المناب الى جانب التزام المنيب ، فلا يترتب عليها براءة ذمة الكفيل [1] .

المطلب الثالث : المقاصة

اذا اصبح المدين المكفول دائنا للدائن ، وتوافرت شروط المقاصة بين الدينين المنصوص عنها في المادة 297 م.ج ، بحيث اذا كان موضوع كل منهما نقودا او مثليات متحدة النوع والجودة ، وكان كل منها ثابتا ، وخاليا من النزاع ، ومستحق الاداء ، وصالحا للمطالبة به قضاء .

فعند توافر شروط المقاصة هذه ، انقضى الدين المكفول كله او بعضه وينقضي تبعا لذلك ، التزام الكفيل بقدر ما انقضى من الالتزام المكفول . والقاعدة طبقا للمادة 1/300 م.ج ان المقاصة لا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

ولذلك اذا تمسك المدين ، صاحب المصلحة بالمقاصة ، فانها ترتب اثرها من الوقت الذي يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة المادة 300 / 2 م.ج ، وللكفيل ان يتمسك بها ، ولو لم يتمسك بها المدين ، لانه يعد ايضا صاحب مصلحة في انقضاء الدين الاصلي بالمقاصة ، لانه يترتب عنها براءة ذمته قبل الدائن .

والمادة 654 تعطي للكفيل الحق في التمسك بجميع الاوجه التي يحتج بها المدين ، وفي هذه الاوجه بطبيعة الحال التمسك بالمقاصة .

" وفي حالة ما اذا تنازل المدين عن التمسك بالمقاصة ، يعود الدين من جديد ، ولكن بدون كفالة ، فالكفيل قد تخلص من الكفالة ، منذ ان انقضى الدين المكفول بالمقاصة فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول " [2] .

---

1 ــ د . السنهوري ــ المرجع السابق ص224 .

2ــ د . السنهوري ــ المرجع السابق ص224 .

المطلب الرابع : اتحاد الذمة

اذا اتحدت ذمة المدين والدائن بالنسبة للدين المكفول كله او بعضه، انقضى الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، وانقضت الكفالة بالتبعية في حدود هذا القدر المادة 304 / 1 مدني جزائري .

ويتحقق اتحاد الذمة غالبا عن طريق الميراث، بان يرث الدائن المدين، أو يرث المدين الدائن، فالوارث منهما تجتمع فيه صفتان وهما صفة الدائن وصفة المدين في نفس الوقت . " واتحاد الذمة ليس في حقيقيه سببا من اسباب انقضاء الالتزام، بقدر ماهو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين" (1) .

ولذلك، اذا زال السبب، كان يتضح ان هناك وارث آخر يحجب المدين، فان المانع يزول، ويعود الدين وملحقاته ومنها التزام الكفيل واعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن، المادة 304 فقرة 2 مدني جزائري .

واذا اتحدت الذمة بين الكفيل والدائن، فورث الكفيل الدائن، فالكفالة تنقضي في هذه الحالة بصفة اصلية، ويكون للكفيل حق مطالبة المدين بالدين ذاته .

" اما اذا كان الكفيل قد قام بوفاء الدين، برئت ذمة المدين، وانقضت الكفالة بصفة تبعية، ويرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية او بدعوى الحلول" (2) .

1— د . منصور مصطفى منصور — المرجع السابق ص 71
2— د . السنهوري — المرجع السابق ص 226 .

اما اذا اتحدت الذمة بين الكفيل والمدين ، فورث الكفيل المدين ، او ورث المدين الكفيل فان الكفالة تنقضي ، ومع ذلك فان انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون الا من حيث المطالبة به [1] . فاذا ما وفى الكفيل الدين للدائن ، وفاه باعتباره مدينا اصليا ، بعد ان ورث المدين لا باعتباره كفيلا .

اما اذا وفى الدين باعتباره كفيلا ، بعد ان اصبح مدينا اصليا ، فانه لا يمكنه باعتباره كفيلا ان يرجع على نفسه باعتباره مدينا اصليا ، " وحيث ان صفة الكفيل لا تزول فانه يترتب على ذلك ان جميع التأمينات التي كانت تضمن التزام الكفيل تبقى ضامنة للالتزام الاصلي ، كالتزام كفيل الكفيل" [2] .

ومن ثم ، فان الدائن يمكنه ان يعود على كفيل الكفيل ، وهذا الاخير عند وفائه الدين ، كان له ان يرجع على المدين او على الكفيل ، اي على من بقي منهما حيا ، وورث الاخر .

وقد اورد المشرع الفرنسي نصا في هذا الخصوص حيث نصت المادة 2035 مدني فرنسي على ان :

(اتحاد الذمة الذي يتحقق من شخص المدين الاصلي وكفيله ، عندما يرث احدهما الآخر ، لا يقضي دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل) . والمشرع الجزائري ، والمصري ، لم ينصا على ما يقابل النص الفرنسي ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة .

المبحث الثاني : انقضاء الالتزام الاصلي دون الوفاء

ينقضي الالتزام الاصلي بدون وفاء في حالات ثلاث ، وهي : الابراء ، استحالة الوفاء ، والتقادم .

---

1 — د . رمضان ابو السعود — المرجع السابق ص 135 .
2 — د . نبيل ابراهيم سعد — المرجع السابق ص362 .

المطلب الاول : الابـــراء

اذا ابرأ الدائن المدين ، من الدين المكفول ، انقضى الالتزام الاصلي ، وانقضت الكفالة بالتبعية ويشترط في الابراء ان يكون الدائن قد ابرأ مدينه اختيارا وهو لذلك تصرف بالارادة المنفردة من جانب واحد وهو الدائن ، ولا يتم الابراء الا اذا وصل الى علم المدين ، الا انه يصبح باطلا اذا رفضه هذا الاخير المادة 305 م.ج .

واذا رد المدين الابراء ، يعود الدين ، ومعه كل التأمينات الضامنة له ، ومنها الكفالة فيبقى التزام الكفيل قائما ، الا انه يستطيع ان يطعن في رفض الابراء بالدعوى البولصية ، فتبرأ ذمته من الكفالة .

كما انه تسري على الابراء الاحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع المادة 306 / 1 م.ج ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل معين فرضه القانون او اتفق عليه المتعاقدان المادة 306 / 2 م.ج ، " فهو تصرف رضائي رغم كونه تبرعا " (1) .

ولذلك ، لا يعتبر قبول الدائن للصلح مع المفلس ، وترك جزء في الدين ابراء من هذا الجزء ، لان الدائن لم يقصد فيه التبرع للمدين ، وانما قصد اتقاء خطر افلاس المدين ، والحصول على اي جزء من الدين ، ويبقى الكفيل ملتزما بكل الدين ، حتى بالنسبة للجزء الذي تم فيه الصلح .

" واذا قام الكفيل بوفاء الجزء الذي تصالح عليه الدائن مع المدين ، لا يجوز له الرجوع على المدين ، اذ لا يكون له بالنسبة لهذا الجزء الاحق طبيعي " (2) .

1- د . محمود جمال الدين زكي -- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ص 995.

2- د . سمير عبد السيد تناغو . . المرجع السابق ص107.

المطلب الثاني : استحالة الوفاء

ينقضي الالتزام ، اذا اثبت المدين ان الوفاء به ، اصبح مستحيلا عليه ، بسبب اجنبي عن ارادته ، ، المادة 307 ، وطبقا لذلك ، اذا انقضى الالتزام لاستحالة الوفاء به لسبب اجنبي ، لا يد المدين فيه ، كقوة قاهرة ، او حادث فجائي ، أو خطأ الدائن او فعل الغير ، اما اذا كانت استحالة الوفاء ترجع الى خطأ المدين فان الالتزام لا ينقضي ، بل يكون تنفيذه ، بطريق التعويض ، " ويكون الفرض من الكفالة ضمان لهذا التعويض" (1) .

اما اذا هلك الشيء بفعل الكفيل ، فان ذمة المدين تبرأ من الدين ، اذ يعتبر فعل الكفيل سببا اجنبيا بالنسبة للمدين ، وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلا تبعا لبراءة ذمة المدين ، ولكن الكفيل يبقى مسؤولا عن خطئه كمدين اصلي نحو الدائن (2) .

المطلب الثالث : التقادم

اذا انقضى الالتزام الاصلي بالتقادم ، فان التزام الكفيل ينقضي بالتبعية ، ولو كانت مدة التقادم الخاصة به ، لم تتم .

فالقاعدة طبقا للمادة 320 م.ج : " انه اذا سقط الحق في التقادم تسقط معه ملحقاته ، ولو لم تكمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات " .

واذا تقادم الدين الاصلي ، برئت ذمة الكفيل تبعا له ، ، حتى لو لم يتمسك به المدين او حتى لو تنزل عنه ، ، فاذا لم يتمسك المدين الاصلي بالتقادم ، يجوز للكفيل ان يتمسك به ، ، اعمالا للمادة 321 م.ج التي تقضي بأنه :

---

1 ـ د . سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص156

2 ـ د . السنهوري ـ المرجع السابق ص230 .

د . رمضان ابو السعود ـ المرجع السابق ص137 .

(لا يجوز للمحكمة ان تقضي تلقائيا بالتقادم ، بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين او من احد دائنيه ، او اي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به) ، وللكفيل مصلحة حيث انه بتمسكه بالتقادم تبرأ ذمته نهائيا قبل الدائن .

الفصل الثاني : انقضاء الكفالة بصفة اصلية :

اذا كان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الاصلي ، يبقى ببقائه ، وينقضي بانقضائه فهو من جهة اخرى ، له مقوماته الخاصة به ، وشروط لصحته ووجوده ، وبالتالي ، فان التزام الكفيل ، يمكن ان ينقضي بصفة اصلية ، بسبب من اسباب الانقضاء العامة لانقضاء الالتزام كما ينقضي ايضا بأوجه خاصة به ، دون غيره .

المطلب الاول : اسباب الانقضاء العامة :

ينقضي التزام الكفيل بأي سبب من اسباب الانقضاء العامة التي رأيناها سابقا فينقضي التزام الكفيل اذا قام بوفاء الدين للدائن ، ويترتب على ذلك ، انقضاء الدين الاصلي ، كما انه ينقضي بالوفاء بمقابل ، اذا قدم شيئا للدائن مقابل الدين الاصلي وقبل الدائن ذلك ، ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقي اذا تلاه ايداع للدائن ، او اي اجراء مماثل بشرط قبول الدائن ذلك ، او صدور حكم نهائي بصحته .

كما ينقضي التزام الكفيل بالتجديد ، سواء تم التجديد ، بتغيير الكفيل ، او استبدال التزام الكفيل بالتزام اصلي ، اي يصبح التزامه في نفس الدرجة مع التزام المدين ، أو استبدال اي تأمين أخر كرهن مثلا بالكفالة .

وينقضي ايضا التزام الكفيل بطريق اصلي بالمقاصة ، اذا اصبح الكفيل دائنا للدائن ، ويستطيع الكفيل ان يتمسك بالمقاصة في اي وقت ، اما بالنسبة للدائن ، فلا يمكنه التمسك بالمقاصة الا اذا كان قد قام باجراءات مطالبة الكفيل او التنفيذ على امواله ، لان التزام الكفيل في هذه الحالة لا يكون مستحق الاداء ومن ثم ، لا يعتبر صالحا للمقاصة .

اما المدين فلا يمكنه التمسك بالمقاصة ، لانه لايملك اية مصلحة في ذلك ، فهو يستوي عنده ، ان يدفع الدين للدائن او الكفيل ، لكن اذا وقعت المقاصة بين الكفيل والدائن ، فالكفيل يحل محل الدائن في مواجهة المدين ، ويرجع عليه بما وفاه عنه .

كما تنقضي الكفالة باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن ، دون ان ينقضي الدين المكفول ، كما اذا مات الدائن وورثه الكفيل ، فيصبح الكفيل في هذه الحالة دائن لنفسه فينقضي الكفالة بصفة اصلية ، مع بقاء الدين المكفول قائما ، فيستطيع ان يرجع على المدين ليطالبه بالدين باعتباره دائنا لا باعتباره كفيلا قد وفى الدين ، ذلك لان كفالته ، قد انقضت .

وتنقضي الكفالة ايضا بالابراء بصفة اصلية ، وذلك اذا ابرأ الدائن الكفيل من الكفالة ، فينقضي التزام الكفيل في هذه الحالة ، دون ان ينقضي التزام المدين الاصلي " وابراء احد الكفلاء لايترتب عليه (ابراء الباقين) [1] .

ولكن العكس غير صحيح ، بحيث اذا ابرأ الدائن المدين الاصلي ، فان الكفالة تنقضي حتما بالتبعية لانقضاء الالتزام الاصلي ، فلا يستطيع الدائن ان يتبقي الكفالة بعد ابرائه للمدين الاصلي من الالتزام المكفول [2] .

وقد ينقضي التزام الكفيل بالتقادم ، بصفة اصلية دون ان ينقضي الالتزام الاصلي ، وان كان غالبا ، ما يرى التقادم بالنسبة للدين الاصلي في الوقت الذي يسري فيه الى التزام الكفيل ، فينقضي الدينان في وقت واحد .

---

1 ـ د . محمد على امام ـ المرجع السابق ص 178

2 ـ د . السنهوري ـ المرجع السابق ص227 .

فانه يمكن ان يتقادم التزام الكفيل دون تقادم الاصلي وذلك اذا ما قطع التقادم بالنسبة للمدين الاصلي دون ان ينقطع بالنسبة للكفيل ،ففي هذه الحالة فان استمرار مدة التقادم في السريان بالنسبة للكفيل ينقضي بمضي المدة .

بينما يبقى الالتزام الاصلي موجودا ،وذلك لانقطاع مدة التقادم بالنسبة اليه .

المبحث الثاني: أسباب الانقضاء الخاصة بالكفالة :

فالكفيل -كما سبق القول يعتبر مدينا احتياطيا وليس مدينا أصليا ،فهو يلتزم بأن يفي بالدين اذا لم يف به المدين نفسه، " فهو يهدف اساسا الى تقوية ائتمان المدين وليس القيام بالوفاء بدينه" [1] فاذا قام بوفاء الدين رجع على المدين، والمشرع قد الزم الدائن بان يمتنع عن اي عمل من شأنه ان يضيع، او يضعف حق الكفيل ، ورتب له جزاء مناسبا ، وهو براءة ذمة الكفيل .

والاسباب التى حددها المشرع لانقضاء الكفالة بطريق اصلي دون انقضاء الدين هي :

1- براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات م 656 م.ج .

2- براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين م 687 م.ج .

3- براءة ذمة الكفيل بقدر ما اصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين م 658 م.ج .

مع الاشارة الى ان هذه الاسباب ليس تطبيقا للقواعد العامة ، وانما هي اسباب خاصة تنقضي بها الكفالة بطريق اصلي .

---

1 - د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص 88.

وسنتطرق الى هذه الاسباب الثلاثة على التوالي فيما يلي :

المطلب الاول : براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

اذا قام الكفيل بوفاء الدين ، يرجع على المدين ، بما وفاه ، ويحل محل الدائن معتمدا في ذلك ، ايضا على التأمينات الضامنة للدين ، فاذا كان الدين المكفول مضمونا بتأمينات ، كعقار مرهون لاستبقاء الدين مثلا ، وقام الدائن بخطئه باضاعة هذه التأمينات ، او جزء منها ، برئت ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن منها .

وقد نصت المادة 656 م.ج على انه : (تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ، ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ، ولو تقررت بعد الكفالة ، وكذلك كل التأمينات ، المقررة بحكم القانون) ؛

وسنعرض لدراسة هذا السبب ، بالتطرق للمسائل التالية :

أولا : الى الاساس القانوني الذي يقوم عليه ، ثم للكفلاء الذي يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم ثانيا ، وثالثا ، الى الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل .

اولا : الاساس القانون لانقضاء الكفالة باضاعة التأمينات.

ان التزام الكفيل التزام تابع ، وهو اذا قام بالوفاء ، يكون قد وفى التزام غيره ولذلك يستطيع ان يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين ، فيستفيد من التأمينات الضامنة للدين ، مثلما كان يستفيد منها الدائن ، لانه يحل محله في هذا الحق ، بما له من خصائص ، وبما يلحقه من توابع ، وما يضمنه من تأمينات المادة 264 م.ج .

فاذا اضاع الدائن هذه الضمانات التي اعتمد عليها الكفيل في رجوعه على المدين لاستيفاء حقه " كان من حق الكفيل ان تبرأ ذمته بقدر ما اضيع من ضمان " (1)

---

1 ـ د . السنهوري ـ المرجع السابق ص 243.

" وهذا يعتبر خير تعويض لهذا الضرر الذي لحق بالكفيل" [1] فالاساس القانوني، اذن يرتكز على فكرة حلول الكفيل محل الدائن، بالنسبة للتأمينات الضامنة للدين.

ثانيا : الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذممهم:

يستفاد من نص المادة السابقة (656) م.ج ان هذا الحق يثبت للكفيل الشخصي ولوكان متضامنا، اما بالنسبة للمدين المتضامن، " فانه لايجوز له ان يتمسك باضاعة التأمينات، لانه يلتزم التزاما اصليا بالدين" [1] ولو انه يستفيد من هذه التأمينات عند رجوعه على غيره، بدعوى الحلول، ولكن يجوز للمدين المتضامن اذا اضاع الدائن بخطئه تأمينا ان يرجع عليه بالتعويض عما صابه من ضرر على أساس المسؤولية التقصيرية او على اساس المسؤولية العقدية، " اذا كان الدائن قد تعهد له بالمحافظة على التأمينات " [2] . كما لايجوز لحائز العقار (الذي اشترى العقار من المدين) ان يتمسك باضاعة التأمينات لانه ليس بكفيل .

اما بالنسبة للكفيل العيني، فالرأي الراجح فقها [3]، ان يسري على الكفيل الشخصي يسري على الكفيل العيني، كلاهما قد التزم بوفاء دين غيره، ولكليهما حق الرجوع على المدين اذا وفى الدين، والحلول محل الدائن فيما له من تأمينات .

ثالثا : شروط براءة ذمة الكفيل:

يشترط لبراءة ذمة الكفيل ثلاثة شروط وهي:

1- د . رمضان ابو السعود - المرجع السابق ص 141

2- د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 84 هامش 1
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص 90

3- د . محمد على امام - المرجع السابق ص 184
د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص 90
د . السنهوري - المرجع السابق ص 242
د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 84 .

أ ـ يجب ان يكون الدائن قد اضاع تأمينا خاصا
ب ـ ان يكون اضاعة التأ ميـن الخاص نتيجة خطأ من الدائن .
ج ـ ان يترتب على هذه الاضاعة ضرر للكفيل .

أ ـ يجب ان يكون الدائن قد اضاع تـأمينا خاصا

فالدفـع باضاعة التأمينات ، لا يكون الا اذا وجد الى جانب الكفالة ، تأمين خاص ، واضاعة الدائن ، ويظهر ذلك من نص المادة 656 / 2 م.ج التي تقضي بأنه : (ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ، ولو تقررت بعد الكفالة ، وكذلك كل التأ مينات المقررة بحكم القانون) .

" ويستوي طبقا لهذه المادة ، ان تكون التأمينات الخاصة ، تأمينات شخصية ام تأ مينات عينية ، وايا كان مصدر هذه التأمينات ، الاتفاق ، ام القانون ، ام القضاء ، مقدما من المدين او من غيره ، موجودا قبل الكفالة او وجد معها او بعدها " (1) .

فاذا لم يترتب على عمل الدائن ضياع تأمين خاص ، فلا تبرأ ذمة الكفيل ، وعلى ذلك ، فلا تبرأ ذمة الكفيل . اذا اضعف الدائن ماله من ضمان عام على اموال المدين ، "كأن يتأخر في اتخاذ الاجراءات ضد المدين حتى اعسر ، او منح اجلا جديدا للمدين" (2) .

---

1 ـ د . محمد علي امام ـ المرجع السابق ص 185
د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص 85
د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ص 367
د . رمضان ابو السعود ـ المرجع السابق ص 142
2 ـ د . رمضان ابو السعود ـ المرجع السابق ص 143

" او تنازل الدائن عن اجراء تنفيذي او تحفظي او اهمل في اتخاذه "[1] الا اذا ترتب على ذلك ضياع تأمين خاص.

ومع ذلك ، " اذا اصاب الكفيل ضرر نتيجة ذلك ، فله مطالبة الدائن بناء على القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية "[2] .

ب ـ يجب ان يكون اضاعة التأمين الخاص بخطأ من الدائن:

يجب ان يكون الدائن قد اضاع التأمين الخاص بخطئه ، او بتقصير منه ، وقد نصت على ذلك المادة 656 / 1 م.ج صراحة بقولها (تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي اضاعة الدائن بخطئه من الضمانات) وذلك سواء كان الخطأ فعل ايجابي ، يصدر عن الدائن ، كأن يبرئ كفيلا آخر ، او مدينا متضامنا مع المدين ، او النزول عن حق الحبس او الرهن او نزوله لدائن متأخر عن مرتبته في الرهن ، او كان موقف الدائن موقفا سلبيا ، كعدم قيد الرهن ، اوعدم تجديد قيده ، اوعدم المطالبة باسترداد الشيء المحبوس أو المرهون رهنا حيازيا عند خروجه من حيازته دون علمه اورغم ارادته[3] ويمكن ان يكون عملا ماديا كأن يقوم الدائن ، بعمل يؤدي الى هلاك الشيء محل التأمين الخاص هلاكا كليا او جزئيا "[4]

---

1 ـ د . محمد علي امام ـ المرجع السابق ص 185

2 ـ د . محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص 102

3 ـ د . محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ص 103

د . منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ص77

د . نبيل ابراهيم سعد ـ المرجع السابق ـ ص368

4 ـ د . سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ص 93 .

اما اذا تحقق ضياع التأمين الخاص، بغير خطأ الدائن ، اي بفعل اجنبي كقوة قاهرة ، او فعل الغير ، او عن فعل المدين ، او عن فعل الكفيل نفسه ، فلا يسأل الدائن اصلا ، لان الخطأ لاينسب اليه .

ما الحكم اذا اشترك الكفيل مع الدائن في اضاعة التأمين الخاص؟

ثار خلاف فقهي ، في هذا الصدد ، فذهب البعض[1] الى ان الخطأ المشترك بين الكفيل والدائن لا يترتب عليه براءة ذمة الكفيل ، ولو جزئيا ، بل يظل ملتزما بوفاء الدين كله ، طالما انه ساهم بخطئه في اضاعة هذا التأمين .

بينما يذهب راي اخر[2] الى ان المسؤولية يجب توزيعها بين الكفيل والدائن على اساس قواعد الخطأ المشترك ، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر نصيب الدائن في المسؤولية عن ضياع التأمين . وهذا هو الرأي الاسلم ، اذ ليس منطقيا ، ان يعفي الدائن من المسؤولية عن خطأ ساهم في ارتكابه ، او اشتراك في ارتكابه مع الكفيل ، ثم يستفيد منه بعدم مساءلته .

جـ - يجب ان يترتب على اضاعة التأمين ضرر للكفيل .

---

1 - د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص 104

د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص94

د . عبد السلام ذهني - المرجع السابق ص122

2 - د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص77

د . محمد علي امام - المرجع السابق ص 187

د . رمضان ابو السعود - المرجع السابق ص146

د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص369 .

حتى يستطيع الكفيل ان يتسمك ببراءة ذمته، يجب ان يلحقه ضرر نتيجة لخطأ الدائن، فتمثلا في اضاعة تأمين خاص، ذا قيمة، دون ان يحل محله تأمين آخر[1]. فاذا اضاع تأمينا عديم القيمة، فلا تبرأ ذمة الكفيل، " كأن يتنازل عن رهن ظاهر البطلان "[2] او يتنازل عن رهن متأخر في المرتبة بحيث لا يفيد، في ضمان حقه[3]، ولا يجوز للدائن، اذا تمسك ببراءة ذمته، ان يدفع بيسار المدين، او بوجود تأمينات اخرى كافية للوفاء بالدين "[4].

ويمكن للدائن ان يتمسك بنص المادة 656 م.ج، والدفع، في مواجهة الدائن باضاعة التأمينات في اية حالة كانت عليها الدعوى، " ولو امام محكمة الاستئناف لأول مرة "[5] لان حكم هذا النص، مقرر لمصلحة الكفيل، ولا يتعلق بالنظام العام، ولذلك لا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها.

"وكما يدفع الكفيل ببراءة ذمته، دعوى الدائن، له ان يطلب براءة ذمته بدعوى مبتدأة يرفعها على الدائن[6] ووفقا للمبادئ العامة في الاثبات، يقع عبء اثبات وجود التأمين الخاص، وخطأ الدائن في اضاعته على الكفيل، وعلى الدائن ان يثبت عكس ذلك.

---

1 - د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص94
2- د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص105
3 - د. رمضان ابو السعود - المرجع السابق ص 147
4- د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 77
5- د. محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص106
د. السنهوري - المرجع السابق ص 249
6- د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 79 .

المطلب الثاني: عدم اتخاذ الدائن الاجراءات ضد المدين بعد انذاره

تقضي المادة 657 / 1 م.ج على انه:

" لاتبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات او لمجرد انه لم يتخذها) .

وفقا لهذا النص، فان ذمة الكفيل، لاتبرأ لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين أو لمجرد ان الدائن قد اطال اجل الالتزام المكفول، او تأخر في مطالبة المدين بالدين عن حلول اجله[1] ولو ترتب على هذا ان اعسر المدين، فاصبح رجوع الكفيل عليه عديم الجدوى[2] .

الا ان المشرع قد جعل حدا لتأخر الدائن، او اهماله، او مماطلته في اتخاذ الاجراءات ضد المدين، ولم يشأ ان يترك الكفيل ملتزما بعقد الكفالة الى مالا نهاية . فقرة في المادة 657 / 2 م.ج الحكم الاتي:

(غير ان ذمة الكفيل تبرأ، اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من انذار الكفيل للدائن، مالم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا) .

فهذا النص، لم يبين بوضوح، الوقت الذي يجوز فيه للكفيل انذار الدائن بوجوب اتخاذ الاجراءات ضد المدين ولما كان الغرض من الانذار هو حمل الدائن على مطالبة المدين بالوفاء، يجب ان يتم عند حلول اجل الدين المكفول، ليستطيع الدائن اتخاذ هذه الاجراءات، " فالعبرة بالاجل الاصلي للالتزام المكفول "[3] فيجوز للكفيل ان

1- د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص108

2- د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 79

3- د . نبيل ابراهيم سعد - المرجع السابق ص372

د . محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق ص109 .

يوجه هذا الانذارعند حلول هذا الاجل ،حتى ولوكان الدائن قد منح المدين اجلا جديدا ، " لان الكفيل له ان يتجاهل امتداد الاجل " [1] .

اما اذا حصل المدين على مهلة قضائية ،فلا يجوز للكفيل ان ينذر الدائن الا بعد انقضاء هذه المهلة ،لان الدائن لايستطيع ان يباشر الاجراءات قبل انقضائها[2].

فاذا تم الانذار، وجب على الدائن ان يتخذ هذه الاجراءات خلال ستة اشهر من وقت الانذار، " فله ان يرفع دعوى ضد المدين ،او يباشر اجراءات التنفيذ على امواله اذا كان له سند " تنفيذي من قبل " [3] وعليه،ان يسير في اجراءاته وفقا لمسلك الرجل المعتاد ،فلا يسعى الى اطالتها ، والا كان مسؤولا طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية [4] .

اما اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين ،خلال مدة ستة اشهر تتبرأ ذمة الكفيل نهائيا ، وتنقضي الكفالة بصفة اصلية ،مع بقاء الدين المكفول ، مالم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا ،لاستيفاء ما قد يدفعه الى الدائن .

واذا ثار نزاع حول كفاية او عدم كفاية الضمان ،فيرجع تقديره لقاضي الموضوع

المطلب الثالث : عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين :

نصت المادة 658 م.ج على انه (اذا افلس المدين ،وجب على الدائن ان يتقدم بدينه في التفليسة ، والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب هذا الاخير من ضرر بسبب اهمال الدائن)

1- د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص 80

2- د . سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص98

3- د . محمد علي امام - المرجع السابق ص 182

4- د . منصور مصطفى منصور المجرجع السابق ص80 .

طبقا لهذا النص فاذا كان المدين تاجرا ، واشهر افلاسه ، حل اجل الالتزام المكفول ومن ثم ، يجب على الدائن ان يتقدم في تفليسة المدين ، ليستوفي ما يمكن استيفاؤه ، وليعود على الكفيل بما بقي له من حق ، ولما كان الكفيل لا يجوز له ان يتقدم في تفليسة المدين الا اذا وفى الدين المكفول . فقد رتب المشرع جزاء يقع على الدائن ، في حالة عدم تقدمه في تفليسة المدين ، وهو سقوط حقه في الرجوع على الكفيل ، بقدر ما اصابه من ضرر نتيجة اهمال الدائن .

الا ان براءة ذمة الكفيل ، لا تقع بقوة القانون ، فعليه ان يتمسك بحقه ، سواء بدفع ، او برفع دعوى على الدائن .

الخـــاتـــمـــة

ان التشريعات الحديثة ، رغم تنظيمها لعقد الكفالة ، بنصوص خاصة ، فماعتبر من العقود المسماة ، اي من العقود الشائعة التي تتبرأول بكثرة بين الافراد ، الا ان اهميته بدات تقل من الناحية العملية ، في الوقت الحاضر ، عما كان عليه في الماضي ، نظرا لقيامه اساسا على الثقة بين الاطراف من ناحية ولخطر تعرض الدائن لاعسار الكفيل من ناحية أخرى .

مقابل هذا ، اتجه الافراد في تعاملهم الى التأمينات العينية على اختلافها ، لكونها اكثر ضمانا ، لما تمثله من قيمة مالية ، مرتبطة بمنقول او عقار يمكن التنفيذ عليه . اضافة الى ان الدائن في التأمينات العينية ، يملك حقا ثابتا ، ومستقلا عن دائني المدين ، كما يملك حق التقدم في استيفاء دينه على بقية الدائنين حسب مرتبته ، وحق تتبع المال محل التأمين العيني ، في حالة التصرف فيه تحت اي يد يكون .

والحال كذلك ، بالنسبة للبنوك ، والمؤسسات المالية مع اختلافها ، فهي كثيرا ما تشترط على مدينيها تأمينات عينية ، كضمان لديونها ، خاصة الرهون بأنواعها المختلفة لامكانها التصرف في العقار او المنقول ، حتى تاريخ حلول اجل الدين .

لذلك ، لا يطمئن الدائن الى الكفالة كضمان لدينه ، مثلما يطمئن الى التأمينات العينية . ومع هذا ، فان الكفالة لاتخلو من فائدة ، خاصة ، في الحالات الاستعجالية التي يطلب فيها الدائن ضمانا لدينه ، فتمثلا في كفالة لكونها لاتتطلب في انعقادها شكلية خاصة وهذا ما يؤدي الى السرعة في ابرام العقود المتعلقة على الخصوص في البيوع المنقولة ولقروض اضافة لذلك ، ما تخدمه من مصالح في الحياة التجارية فكثيرا ما تشترط الكفالة ، وبامضاء الكفيل على الورقة التجارية ، يستمر العمل التجاري .

وهذه الاعمال الايجابية التي تقدمها الكفالة في الوسط الاجتماعي ، ادت بالتشريعات الى اعطاء الكفالة مكانة خاصة في تقنياتها المدنية ، وحماية الكفيل بنصوص قانونية نظرا لكونه يقدم على عمل ، لا يستفيد منه في الغالبه ويؤدي في نفس الوقت الى استمرار التعامل بين الاشخاص واستقراره ، رغم ان الكفالة لا تسمو اهميتها من الناحية العملية الى درجة التأمينات العينية .

المـــــرجـــــع بالعـــــربيـــة

5 د رمضان ابو السعود ـ الوسيط في التامينات الشخصية و العينية ج 1 ـ ط 1 القاهرة سنة 1980.

د. زهـدى يكن ـ شرح قانون الموجبات و العقود اللبناني ج 1 دار الثقافة ـ بيروت سنـة 1967

د. سليمـــان مرقـس: عقد الكالة . دار النشر للجامعات المصرية 1959

د. سمير عبد السيد تناغـو: التامينـات الشخصيـة و العينيـة مناشاة المعارف . الاسكندرية . سنـــة 1985

د. منصـور مصطفـى منصـور: عقـد الغالة ـ المطبعـة العالمية القاهرة 1960

د. محمـد كامل مرسى: الموجز في التامينات . مطبعـة فتح الله الياس مصـر سنة 1941

د. محمـد على امام: التامينات الشخصيـة العينيـة القاهـرة

د. محمـد لبيب شنـب: دروس في التامينات العينية و الشخصيـة دار النهضة العربية القاهرة سنة 1973

د. محمود جمال الدين زكي: التامينات الشخصية و العينية ـ مطابع دار الشعب بالقاهرة سنـة 1979.

د. محمـود جمـال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات مطبعة جامعة القاهرة ط2 سنة 1978

د. عبد الرزاق السنهـورى: الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء العاشر (10) في التامينات الشخصيـة و العينيـة دار احيـاء التراث العربي بيروت سنـة 1970.

د. عبد الرزاق السنهـورى: الوسيط في شـرح القانون المدني الجزء الثالث 1970.

د. عبد السلام زهني: التامينات ـ مطبعة الاعتماد ـ مصر سنة 1926

د. عبد الفتاح عبد الباقي: التامينات الشخصية و العينية القاهرة 1950.

د. نبيل ابراهيـم سعـد: التامينات الشخصيـة و العينيـة ـ منشاة المعارف الاسكنـدريـة.

ـ أنور طلبة : التعليق على نصوص القانون المدني ـ القاهرة سنة 1983

ـ السيد سابق : فقه السنة ـ ج 12 . ط 7 . دار الكتاب العربي . بيروت سنة 1985

ـ وهبة الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته . ج 5 . ط 1 دار الكتاب العربي بيروت سنة 1984 .

ـ التقنين المدني الجزائري .

المراجع بالفرنسية :

_ Beudant - Droit civil Français - T.1 1900
_ Dupont - Droit civil - 6e édition . 1979
_ Dalloz - Code civil Français - 1982- 83
_ Encyclopédie - Dalloz - T.2 - 1951
_ Marty et Raynaud - Droit civil Franàais - T.3 1er volume . 1971
_ Mazeaud - Leçons de droit civil - T.3 , 3ᵉ édition par Michel de Juglart , 1965
_ Planiol - Ripert - Traité pratique de droit civil Français T.11 , 2ᵉ édition - 1954

الفهرس